المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
كلية الشريعة - قسم الفقه

أحكام لزوم العقد

بحث مقدم لنيل العالمية العالية (الدكتوراه)

إعداد الباحث
عبدالرحمن بن عثمان بن راشد الجلعود

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور
محمد بن محمد المختار بن محمد

المجلد الثاني

عام ١٤٢٠هـ

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة
كلية الشريعة -- قسم الفقه

أحكام لزوم العقد

بحث مقدم لنيل العالمية العالية (الدكتوراه)

إعداد الباحث
عبدالرحمن بن عثمان بن راشد الجلعود

إشراف فضيلة الشيخ الدكتور
محمد بن محمد المختار بن محمد

المجلد الثاني

عام ١٤٢٠ هـ

المقصد السادس

المسابقة

تعريف المسابقة:

في اللغة مفاعلة من السبْق، وهي مأخوذة من: سبق، يسبق، سبقًا، والسبْق بسكون الباء: القُدمة في الجري وفي كل شيء، تقول: له في كل أمر سُبْقَة، وسابقة، وسبْق، إذا سبق الناس في كل أموره، وأما السبَق بفتح الباء فهو الجُعل الذي يكون في المسابقة.[1]

وفي الاصطلاح: المجاراة بين حيوان ونحوه.[2]

مشروعية المسابقة:

الأصل في مشروعية المسابقة، السنة، والإجماع.

أما السنة: فحديث ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل التي لم تضمَّر[3]، وكان أمدها من الثنية[4] إلى مسجد بني زريق[5]) الحديث[6].

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز المسابقة في الجملة.[7]

أنواع المسابقة:

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٣/١٢٩، لسان العرب لابن منظور ١٠/١٥١، المصباح المنير للفيومي١٠١.

(٢) الإقناع للحجاوي٢/٣٢١، كشاف القناع للبهوتي٤/٤٧.

(٣) الخيل المضمرة هي التي يقلل علفها مدة، ثم تدخل بيتاً مستوراً وتجلل فيه لتعرق، ويجف عرقها فيجف لحمها وتقوى على الجري. شرح صحيح مسلم للنووي١٣/١٤.

(٤) هي ثنية الوداع كما هو مصرح بها في الرواية الأخرى: (فأرسلها من ثنية الوداع) صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب غاية السباق للخيل المضمرة، صحيح البخاري٣/٢١٩، وهي موضع بالمدينة سميت بذلك؛ لأن الخارج من المدينة يمشي معه المودعون إليها. شرح صحيح مسلم للنووي١٣/١٤، وفاء الوفاء للسمهودي٣/٨٥٧.

(٥) بنو زريق من الخزرج، وهو أول مسجد قرئ فيه القرآن، وهو في قبلة الدور التي عن يمين السالك من باب المدينة المعروف بدرب سويقة، وبينه وبين ثنية الوداع ميل، أو نحوه، وهو من المساجد التي لم يصل فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم . تاريخ المدينة المنورة لابن شبة ١/٥٤، وفاء الوفاء للسمهودي٤/١١٦٧.

(٦) متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب إضمار الخيل في السبق، ٣/٢١٩، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب المسابقة بين الخيل وتضميرها ٦/٣٠.

(٧) المغني لابن قدامة١٢/٤٠٤.

تتنوع المسابقة من حيث وجود العوض فيها إلى نوعين:

النوع الأول:المسابقة بغير عوض:وفي هذا النوع يتم التسابق بين متسابقين،أو أكثر دون أن يكون هناك عوض يناله السابق،وإنما يقصد من هذه المسابقة التدرب .

النوع الثاني:المسابقة بعوض:وفي هذا النوع يكون العوض مدفوعا من أحد المتسابقين،أو غيرهم،يحصل عليه من سبق منهم .

المسابقة بغير عوض عقد جائز للطرفين:

إذا كانت المسابقة بين طرفين،أو أكثر من غير عوض،فإنها تكون من العقود الجائزة لكل من العاقدين فيكون لهما حق الفسخ،لأن العقد هنا لا تقصد منه معاوضة،وإنما يقصد منه التدرب،ولا ضرر على أحدهما في فسخ العقد ، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله،[1]

المسابقة بعوض عقد جائز يؤول إلى اللزوم في جانب المسبوق:

إذا كان عقد المسابقة قد تم على أن يكون للفائز عوض يأخذه،سواء بذل من أحد العاقدين،أو من غيرهما،فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزومه على قولين:

القول الأول:أن عقد المسابقة عقد جائز،وهو مذهب الحنفية،[2]وقول عند الشافعية،[3] والمذهب عند الحنابلة[4]،رحمهم الله.

قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله:[حتى لو أمتنع المغلوب من الدفع،لا يجبره القاضي،ولا يقضى عليه به][5]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[وإن كان معقودا على عوض،ففي لزومه قولان .. القول الثاني:أنه من العقود الجائزة دون اللازمة][6]اهـ

---

(١)حاشية رد المحتار لابن عابدين٤٠٢/٦،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٥٠٩/١،حاشية الدسوقي٢١١/٢، الحاوي الكبير للماوردي١٨٣/١٥،نهاية المحتاج للرملي ١٦٦/٨،كشاف القناع للبهوتي٥٢/٤.

(٢)بدر المتقى في شرح الملتقى للحصكفي ٥٤٩/٢،حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤٠٢/٦.

(٣)روضة الطالبين للنووي٣٦١/١٠،نهاية المحتاج للرملي ١٦٦/٨.

(٤)المغني لابن قدامة٤٠٩/١٣،الإنصاف للمرداوي٩٤/٦.

(٥)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤٠٢/٦.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي١٨٣/١٥.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والمسابقة جعالة، لكل منهما فسخها][1] اهـ

القول الثاني: أن عقد المسابقة عقد لازم، وهو مذهب المالكية،[2] والأظهر عند الشافعية،[3] ووجه عند الحنابلة[4]، رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وهو عقد لازم كالإجارة][5] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [والأظهر أن عقدهما لازم لا جائز، فليس لأحدهما فسخه] [6] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وقيل: هي عقد لازم ليس لأحدهما فسخه] [7] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (المسابقة عقد جائز) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن ما صح من عقود المعاوضات إذا قابل غير موثوق بالقدرة عليه عند استحقاقه، كان من العقود الجائزة، دون اللازمة كالجعالة.[8]

الوجه الثاني: أن ما كان إطلاق العوض فيه موجباً لتعجيل استحقاقه كان جائزاً كالجعالة، وإطلاق العوض في السبق، والرمي لا يوجب التعجيل، فوجب أن يكون جائزاً لا

---

(١) المقنع لابن قدامة ٢/٢٢٣.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١/٥٠٩، الخرشي على مختصر خليل ٣/١٥٧.

(٣) روضة الطالبين للنووي ١٠/٣٦١، مغني المحتاج للشربيني ٤/٣٩٥، من الشافعية من أطلق القولين كما في الحاوي الكبير، ومنهم من قال: إن القولين فيما إذا أخرجا العوض جميعاً أما إذا أخرجه أحدهما أو غيرهما فجائز قطعاً، ومنهم من قال: إن القولين فيمن التزم المال، فأما من لم يلتزم شيئاً فجائز في حقه قطعاً، روضة الطالبين للنووي ١٠/٣٦١، نهاية المحتاج للرملي ٨/١٦٦.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٦/٩٤.

(٥) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١/٥٠٩.

(٦) منهاج الطالبين للنووي ٤/٣٩٥.

(٧) الإنصاف للمرداوي ٦/٩٤.

(٨) الحاوي الكبير للماوردي ١٥/١٨٤، المغني لابن قدامة ١٣/٤٠٩، الفروسية لابن القيم ٣٥٠، مغني المحتاج للشربيني ٤/٣٩٥.

لازماً.[1]

دليل القول الثاني:(المسابقة عقد لازم)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن المسابقة عقد،ومن شرط صحته أن يكون معلوم العوض،والمعوض فوجب أن يكون لازماً كالإجارة طرداً،والجعالة عكساً.[2]

فالمسابقة تقاس على الإجارة قياس طرد بجامع أن كلاً منهما يشترط فيه أن يكون العوض،والمعوض معلوماً،فكانت المسابقة لازمة كالإجارة.

وتقاس المسابقة قياس عكس على الجعالة،ففيها لا يشترط أن يكون المعوض معلوماً،وهي غير لازمة،أما المسابقة يشترط فيها العلم فكانت لازمة،فالمسابقة على عكس الجعالة.

الوجه الثاني: أن ما أفضى إلى إبطال المعقود بالعقد،كان ممنوعاً منه في العقد،وبقاء خياره فيه مفضٍ إلى إبطال المقصود به؛لأنه إذا توجه السبق على أحدهما فسخ،فلم يتوصل إلى سبق،ولم يستحق فيه عوض،والعقد موضوع لاستقراره،واستحقاقه،فنافاه الجواز،وضاهاه اللزوم.[3]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن عقد المسابقة من العقود الجائزة؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل العقل.

ثانياً:أما ما استدل به أصحاب القول الثاني في الوجه الأول،فيقال:إن المسابقة ليست كالإجارة،وقد بين الإمام ابن قيم رحمه الله أوجه الفرق بينهما من عشرة وجوه،منها:

الأول:أن عقد الإجارة لا يفتقر إلى محلل،والمسابقة تفتقر إليه في بعض صورها.

الثاني:أن الأجير إذا لم يوف العمل؛لم يلزمه غرم،والمراهن إذا لم يجئ سابقاً غرم ماله إذا كان مخرجاً.

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي١٥/١٨٤.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي١٥/١٨٤،ينظر عقد الجواهر الثمنية لابن شاس١/٥٠٩.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي١٥/١٨٤.

الثالث: أن الأجير إما مختص، وإما مشترك، وهذا ليس واحدا منهما، فإنه ليس في ذمته عمل يلزمه الوفاء به، ولا يلزمه تسليم نفسه إلى العاقد معه.

الرابع: أن الأجير له أن يستتيب في العمل من يقوم مقامه، ويستحق الأجرة، وليس ذلك للمسابق.

الخامس: أن الأجير يحرص على أن يوفي المستأجر غرضه، والمراهن أحرص شيء على ضد غرض مراهنه، وهو أن يغلبه، ويأكل ماله.(١)

ثالثا: أما استدلالهم في الوجه الثاني فيقال: إن هذا متحقق بعد شروعهما في المسابقة، وظهور الفضل لأحدهما، وفي هذه الحالة يكون العقد لازما في حق المفضول.

إذا تقرر أن عقد المسابقة من العقود الجائزة، فإنه بعد شروعهما في المسابقة وظهور الفضل لأحدهما، فهل يبقى العقد على جوازه لكلا الطرفين أم أنه ينقلب لازما في جانب المفضول وحده؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أن عقد المسابقة في مثل هذه الحالة يكون لازما في حق المسبوق، وهو مذهب الحنابلة(٢)، وقول للشافعية(٣) رحمهم الله، مع أن المالكية(٤) رحمهم الله ومن يقول باللزوم يرون لزومه بناء على أصلهم في عقد المسابقة.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وإن ظهر لأحدهما فضل على الآخر..، فللفاضل الفسخ، ولا يجوز للمفضول](٥) اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وإن كان الذي عليه الفضل هو الذي يطلب الفسخ ..، ففيه وجهان ..، والثاني ليس له..](٦) اهـ

القول الثاني: أن عقد المسابقة يبقى على جوازه، وهو الأصح عند الشافعية(٧) رحمهم الله.

---

(١) الفروسية لابن القيم ٣٤٤.

(٢) المغني لابن قدامة ١٢/٤٠٩، كشاف القناع للبهوتي ٤/٥٣.

(٣) المهذب للشيرازي ١/٤٢٠، روضة الطالبين للنووي ١٠/٣٦١.

(٤) ينظر ص ٣٧٣.

(٥) المغني لابن قدامة ١٢/٤٠٩.

(٦) المهذب للشيرازي ١/٤٢٠.

(٧) المصدر السابق .

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [فإن قلنا بالجواز، فلكل واحد ترك العمل قبل الشروع فيه، وكذا بعده إن لم يكن لأحدهما فضل على الآخر، وكذا إن كان على الأصح][1] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(يكون بعد الشروع وظهور الفضل لأحدهما لازما في حق المفضول)استدلوا بالعقل فقالوا: لو قلنا بجواز الفسخ، لم يسبق أحد أحدا؛ لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب، فسخ، أو طلب الزيادة، فيبطل المقصود من المسابقة.[2]

دليل القول الثاني:(أنه يبقى على الجواز ولا يلزم)استدلوا بالعقل فقالوا: إن المسابقة عقد جائز، فملك كل منهما الفسخ، أو الزيادة فيه.[3]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بلزوم المسابقة في حق المفضول بعد الشروع، وظهور الفضل لأحدهما؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا: أما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيجاب عنه: بأن جواز عقد المسابقة في الأصل لا يمنع من أن ينقلب لازما بعد ظهور أحد المتسابقين كما في الجعالة بعد الشروع.[4]

وبهذا يظهر أن المسابقة من العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم في جانب طرف واحد وهو المسبوق، دون السابق، فالعقد لازم في حق المفضول، دون الفاضل، فالمفضول لا يحق له الفسخ؛ لأن العقد أصبح لازما في جانبه، أما الفاضل فله أن يفسخ؛ فالعقد جائز في جانبه؛ فإذا أسقط حقه سقط.[5]

---

(١)روضة الطالبين للنووي١٠/٣٦١.

(٢)المهذب للشيرازي ١/٤٢٠، المغني لابن قدامة١٣/٤٠٩.

(٣)المهذب للشيرازي ١/٤٢٠.

(٤)ينظر ص ٢٣٦.

(٥)المهذب للشيرازي١/٤٢٠، المغني لابن قدامة١٣/٤٠٩.

المقصد السابع

الوصية

تعريف الوصية:

في اللغة :مأخوذة من:وصي،يقال:وصَيْت الشيء بالشيء أصيه،إذا وصلته،ويقال: وصَّيت إلى فلان توصية،وأوصيت إليه إيصاء،إذا عهد إليه.(١)

وفي الاصطلاح:هي الأمر بالتصرف بعد الموت. (٢)

مشروعية الوصية:

الأصل في جواز الوصية،الكتاب،والسنة،والإجماع.

أما الكتاب:فقوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ ﴾ [البقرة:١٨٠]

وأما السنة :فحديث ابن عمر رضي الله عنهما،أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (ما حق امرئ مسلم،له شيء يوصي فيه،يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده).(٣)

وأما الإجماع:فقد أجمع العلماء رحمهم الله على جواز الوصية. (٤)

الوصية في حق الموصي في حياته عقد جائز:

شرع الله تعالى الوصية،وشرع الرجوع فيها لطفاً بالعباد،وتقوية لعزمهم على الوصية،وتكثيراً لها،فلو كان الرجوع ممتنعاً لكان في ذلك ضيق،وحرج،ولقلت الوصايا،ولكن الشرع أذن بالرجوع تخفيفاً،وتيسيراً على العباد،وحتى يتمكن الموصي من

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس١١٦/٦،لسان العرب لابن منظور ٣٩٤/١٥،المصباح المنير للفيومي٢٥٤.

(٢)المقنع لابن قدامة ٥٤/٢،ينظر بقية التعاريف:بدائع الصنائع للكاساني٣٣٣/٧،حاشية الدسوقي٤٢٣/٤،مغني المحتاج للشربيني ٤٩/٣.

(٣)متفق عليه،صحيح البخاري،كتاب الوصايا،باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم وصية الرجل مكتوبة عنده ١٨٥/٣،وصحيح مسلم،كتاب الوصايا،٧٠/٥.

(٤)المغني لابن قدامة٣٨٩/٨.

التغيير، والتبديل حينما تتغير الأحوال، وتتبدل، فيتمكن من تحقيق المصالح، وتلافي المفاسد، ودرئها .[١]

ولذا فقد أجمع أهل العلم رحمهم الله على أن الوصية في حياة الموصي تعتبر جائزة في حقه، فله الرجوع فيها، سواء كان ذلك لسبب يقتضي رجوعه عنها، أو لم يكن هناك سبب يقتضيه، وقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على أن للموصي الرجوع غير واحد من أهل العلم.

قال القاضي ابن رشد الحفيد رحمه الله: [وهذا العقد عندهم من العقود الجائزة باتفاق، أعني أن للموصي أن يرجع فيما أوصى به إلا المدبر][٢] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [وأجمع أهل العلم، على أن للموصي أن يرجع في جميع ما أوصى به، وفي بعضه، إلا الوصية في الإعتاق][٣] اهـ

وقد صرح كثير من أهل العلم رحمهم الله بجواز رجوع الموصي في وصيته معللين ذلك، بأن الوصية فيها شبه بالهبات قبل القبض، وهذه بعض عباراتهم التي تدل على ذلك:

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية؛ لأنه تبرع لم يتم، فجاز الرجوع عنه كالهبة][٤] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [اعلم أن للموصي الرجوع في وصيته؛ لأنها عطية لم يزل عنها ملك معطيها فأشبهت الهبات قبل القبض][٥] اهـ

فالوصية لا تخرج عن ملك الموصي مادام على قيد الحياة، فله أن يتصرف فيها بما يشاء، فهي بمثابة الهبة إذا لم يقبضها الموهوب فهي إذا جائزة في حقه إلى وفاته.

الوصية في حق الموصي بعد موته عقد لازم:

ما تقدم هو قبل موت الموصي، أما إذا مات الموصي، فإن الوصية تكون لازمة في حقه، فليس لورثته إلا القيام بتنفيذها على وفق مراده، إذا كانت على الصفة الشرعية.

---

(١) الذخيرة للقرافي ٧/١٤٦.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٥/٣٨٣.

(٣) المغني لابن قدامة ٨/٤٦٨.

(٤) الهداية للمرغيناني ٤/٢٣٥، بدائع الصنائع للكاساني ٧/٣٧٨.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٣٠٩، مغني المحتاج للشربيني ٣/٦٨.

إن وصف الوصية في حق الموصي بعد الموت بأنها لازمة، هو مما اتفق عليه أهل العلم رحمهم الله، فإنهم يذكرون الرجوع في الوصية مقيداً بحال الحياة، ويظهر ذلك جلياً من خلال النقول التالية:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[حتى يملك الرجوع عندنا مادام حياً..][1] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[أنها عقد جائز في حياة الموصي، ولازم بعد وفاته][2] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[وإن أوصى لغير معين كالفقراء لزمت بالموت بلا قبول][3] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[لأن الموت هو وقت لزوم الوصية][4] اهـ

فالموصي إذا توفي وثبتت وصيته بشهادة، أو إقرار من الورثة، ولم يثبت رجوعه عنها، فإنها واجبة التنفيذ من قبل الورثة.

الوصية في حق الوصي جائزة:

قبول الوصي للوصية لا يخلو من إحدى ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يقبل بالوصية في حياة الموصي، ثم يردها في حياته: فالجمهور من الحنفية،[5] والمالكية،[6] والشافعية،[7] والحنابلة،[8] رحمهم الله،[9] على أن الوصي له أن يرجع في قبوله للوصية، إذا كان ذلك في حياة الموصي، مستدلين بأن الوصاية تصرف بالإذن، فكان

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ٣٧٨/٧.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٣١/٣.

(٣)منهاج الطالبين للنووي ٦٧/٣.

(٤)شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٤٣/٥.

(٥)تنوير الأبصار للتمرتاشي ٧٠٠/٦.

(٦)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٣١/٣، الخرشي على مختصر خليل١٩٥/٤.

(٧)الحاوي الكبير للماوردي ٢٧٥/٨.

(٨)المغني لابن قدامة٥٥٧/٨.

(٩)وقد خالفهم طائفة من المالكية فقالوا بعدم الرجوع إلا لعذر، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٣١/٣.

قبوله للوصية، إذا كان ذلك في حياة الموصي، مستدلين بأن الوصاية تصرف بالإذن، فكان للموصي عزل نفسه كالوكيل.[١]

قال الشيخ محمد التمرتاشي[٢] الحنفي رحمه الله: [أوصى إلى زيد، وقبل عنده صح، فإن رد عنده يرتد] [٣]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وللوصي عزل نفسه بعد القبول في حياة الموصي] [٤]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [ولو قبلها في حياة الموصي صحت، وكان له المقام عليها إن شاء، والخروج منها إن شاء في حياة الموصي، وبعد موته][٥]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ومتى قبل صار وصيا، وله عزل نفسه متى شاء، مع القدرة والعجز، في حياة الموصي، وبعد موته][٦]اهـ

فالوصي مخير إن شاء بقي على قبوله، وإن شاء رجع عنه ما دام ذلك في حياة الموصي، إلا أن الحنفية، ورواية عند الحنابلة، رحمهم الله يشترطون أن يكون ذلك بعلمه كما اشترطوا ذلك في عزل الوكيل نفسه.

الحالة الثانية: أن يقبل بالوصية في حياة الموصي ثم يردها بعد موته:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه الحالة هل يحق للوصي أن يرجع في قبوله للوصاية بعد موت الموصي على قولين:

القول الأول: أن الوصي ليس له الرجوع بعد قبوله للوصاية إذا مات الموصي، وهو

---

(١)المغني لابن قدامة ٥٥٧/٨.

(٢)هو الشيخ محمد بن عبد الله بن أحمد التمرتاشي الغزي، ولد بغزة سنة ٩٣٩هـ، كان إماما، فاضلا، حسن السمت، قوي الحافظة، له تصانيف في الفقه الحنفي، والأصول، والعقائد، توفي رحمه الله بغزة سنة ١٠٠٤هـ (خلاصة الأثر للمحبي١٨/٤، هدية العارفين للبغدادي ٢٦٢/٢).

(٣)تنوير الأبصار للتمرتاشي ٧٠٠/٦.

(٤)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٣١/٣.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي ٢٧٥/٨.

(٦)المغني لابن قدامة٥٥٧/٨.

مذهب الحنفية[١]، والمالكية[٢]، ورواية عند الحنابلة[٣]، رحمهم الله.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله: [وإذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي، ثم أراد الخروج منها بعد موته، فليس له ذلك، والوصية له لازمة][٤] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [..إذا قبل في حياة الموصي ليس له الرجوع بعد موته][٥] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ ليس له ذلك ـ أي عزل نفسه ـ بحال ..][٦] اهـ

القول الثاني: أن الوصي له الرجوع عن القبول بعد موت الموصي، وهو مذهب الشافعية،[٧] والحنابلة في المشهور[٨]، رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [ولو قبلها في حياة الموصي، صحت وكان له المقام عليها إن شاء، والخروج منها إن شاء، في حياة الموصي، وبعد موته][٩] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ومتى قبل صار وصيا، وله عزل نفسه متى شاء، مع القدرة، والعجز، في حياة الموصي، وبعد موته][١٠] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (ليس له الرجوع بعد موت الموصي) استدلوا بالعقل من وجهين:

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٧/ ٢٣.
(٢) المدونة للإمام سحنون ٤/ ٢٨٧، الذخيرة للقرافي ٧/ ١٦٨.
(٣) المغني لابن قدامة ٨/ ٥٥٧.
(٤) المبسوط للسرخسي ٢٧/ ٢٣.
(٥) الذخيرة للقرافي ٧/ ١٦٨.
(٦) الإنصاف للمرداوي ٧/ ٢٩٣.
(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٨/ ٢٧٥، روضة الطالبين للنووي ٦/ ٣٢٠.
(٨) المغني لابن قدامة ٨/ ٥٥٧، الإنصاف للمرداوي ٧/ ٢٩٣.
(٩) الحاوي الكبير للماوردي ٨/ ٢٧٥.
(١٠) المغني لابن قدامة ٨/ ٥٥٧.

الوجه الأول:أنه بقبوله الوصاية،ثم رجوعه عنها بعد موته،يؤدي إلى إلحاق الضرر بالموصي إذ بقبوله ذلك ترك النظر،والإيصاء إلى الغير،اعتمادا على قبوله بالوصاية،والضرر مدفوع.

الوجه الثاني:أن في ذلك التصرف تغريرا بالموصي،فإنه بقبوله ثم رجوعه يصير كالغار له، والغرر محرم.(١)

دليل القول الثاني:(له الرجوع بعد موت الموصي)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن ما كان لازما من العقود،استوى حكمه في الحياة وبعد الموت،وما كان غير لازم بطل بالموت،والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلا يفتقر إلى دليل.(٢)

الوجه الثاني:أنه متصرف بالإذن،فكان له عزل نفسه كالوكيل.(٣)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بعدم جواز الرجوع عن الوصاية؛وذلك لما يأتي:

أولا:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا:أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من دليل العقل في الوجه الأول فيجاب بأن الدليل على إخراج الوصية من هذا الأصل هو وجود حاجة الموصي للرجوع عن الوصية قبل موته؛لاحتمال تغير الحال الموجب لتغيير الوصية،كما لو مات صغيره،أو بلغ،ونحو ذلك من تغير أحوال ماله،وولده،وأهله،فصح له الرجوع،ولم تلزمه الوصية تداركا لمثل هذه الأحوال الطارئة،وأما الوصي فقد التزم بالوصية،وقبلها،وهي معلقة على موت الموصي فلزمته إعمالا للأصل من لزوم العقود.

ثالثا:أما استدلالهم من العقل في الوجه الثاني فيجاب بأن هذا قياس مع الفارق؛لأن الوكيل إذا عزل نفسه قام الأصيل مقامه،بخلاف الوصية،فصح الرجوع عن الوكالة إذ لا ضرر،ولم يصح في الوصية دفعا للضرر.

الحالة الثالثة:أن يقبل بالوصاية بعد موت الموصي فهل له الرجوع عنها:

---

(١)المبسوط للسرخسي ٢٧/٢٣.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي٨/٢٧٥.

(٣)المغني لابن قدامة٨/٥٥٧.

إذا قبل بالوصاية بعد موت الموصي، ثم بدا له أن يرجع في قبوله، فقد اختلف في ذلك على قولين:

القول الأول: أن له الرجوع في قبوله، وهو مذهب الشافعية،[1] والحنابلة[2]، وقول بعض المالكية،[3] رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وللموصي أن يعزل الوصي إذا شاء، وللوصي أن يعزل نفسه متى شاء..] اهـ[4]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ويصح قبوله للوصية في حياة الموصي وبعد موته، وله عزل نفسه متى شاء] اهـ[5]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وقال ابن القاسم: ولو لم يقبلها حتى مات فإن ذلك إليه] اهـ[6]

القول الثاني: ليس له الرجوع في قبوله، وهو مذهب الحنفية،[7] وبعض المالكية،[8] ورواية عند الحنابلة،[9] رحمهم الله.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله: [ولو قبلها بعد موته، ولم يكن ردها في حياته فقد لزمته الوصية بمنزلة ما لو قبلها في وجهه بل أولى] اهـ[10]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وقال أشهب: لا رجوع له وإن قبلها بعد موته] اهـ[11]

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٢٧٥، روضة الطالبين للنووي ٦/٣٢٠، مغني المحتاج للشربيني ٣/٩٩.

(٢) المغني لابن قدامة ٨/٥٥٧، الإنصاف للمرداوي ٧/٢٩٣.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٤٣١.

(٤) المهذب للشيرازي ١/٤٧١.

(٥) المقنع لابن قدامة ٢/٣٩٦.

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٤٣١.

(٧) المبسوط للسرخسي ٢٨/٢٤.

(٨) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٤٣١، الخرشي على مختصر خليل ٤/١٩٥.

(٩) الإنصاف للمرداوي ٧/٢٩٣.

(١٠) المبسوط للسرخسي ٢٨/٢٤.

(١١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٣/٤٣١.

الأدلة:

دليل القول الأول: (له الرجوع) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن ما كان لازما من العقود، استوى حكمه في الحياة وبعد الموت، وما كان غير لازم بطل بالموت، والوصية إن خرجت عن أحدهما صارت أصلا يفتقر إلى دليل.(١)

الوجه الثاني:أنه متصرف بالإذن، فكان له عزل نفسه كالوكيل.(٢)

دليل القول الثاني: (ليس له الرجوع)استدلوا بالعقل فقالوا :إن قبوله لها بمنزلة ما لو قبلها في حياته بل أولى؛لأن أوان ولايته بعد الموت، فالقبول في هذه الحالة يكون ألزم منه قبل أوانه.(٣)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله أن له الرجوع في قبوله؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق ووجهه أن في قبول الوصي للوصية في حياة الموصي ثم الرجوع بعد موته غررا بالموصي، وأما قبوله بعد موته فإن الغرر منتف، فلا يقاس أحدهما على الآخر.

ثالثا :أن الموصي قد فرط في أخذ إذن الوصي قبل موته، فكان باستطاعة الموصي أن يخبر الوصي بذلك فإن شاء قبل، أو رد ما دام الموصي حيا.

وبهذا يتضح أن الوصية في حق الوصي جائزة تؤول إلى اللزوم في حالة واحدة، وهي ما إذا قبلها في حياة الموصي، ولم يرجع عن ذلك القبول حتى توفي الموصي، أما ما عدا هذه الحالة فله أن يقيم عليها، وله أن يتركها، وإن كان ذلك ليس على إطلاقه، بل يكون بعلم الموصي .

الوصية في حق الموصى له جائزة:

إذا كان الموصى له واحدا معينا، أو جمعا محصورا، فحصل منه قبول الوصية بعد وفاة الموصي، وأراد الرجوع في هذا القبول للوصية، فلا يخلو رجوعه من حالتين:

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي٨/٢٧٥.

(٢)المغني لابن قدامة٨/٥٥٧.

(٣)المبسوط للسرخسي ٢٨/٢٤.

الحالة الأولى:أن يكون الرجوع بعد القبض:

إذا قبل الموصى له الوصية، وقبضها، ثم أراد الرجوع فيها، فقد اختلف في صحة رجوعه على قولين:

القول الأول: يصح رجوعه إذا قبل ذلك ورثة الموصي، أو أحدهم، وهو مذهب الحنفية[١]، رحمهم الله.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله:[وإن رد الموصى له الوصية بطلت برده] وقال أيضا رحمه الله:[وإذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته، ثم ردها على الورثة فرده جائز إذا قبلوا ذلك] اهـ[٢]

القول الثاني:أنه لا يصح رجوعه في قبوله، وهو مذهب الشافعية،[٣] والحنابلة،[٤] رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وإن رد بعد القبول وقبل القبض ففيه وجهان:أحدهما:لا يصح الرد؛لأنه ملكه ملكا تاما فلم يصح رده كما لو قبضه] اهـ[٥]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[أن يرد بعد القبول، والقبض فلا يصح الرد] اهـ[٦]

دليل القول الأول: (يصح رجوعه) استدلوا بالعقل فقالوا:إن الرد على ورثة الموصي فسخ للوصية، وهم قائمون مقام الميت، ولو تصور منه الرد على الميت كان ذلك صحيحا إذا قبله، فكذلك إذاردها على الورثة الذين يقومون مقامة.[٧]

دليل القول الثاني: (لا يصح رجوعه) استدلوا بالعقل فقالوا:إن ملك الموصى له قد استقر على الوصية، فأشبه رده لسائر ملكه.[٨]

---

(١)المبسوط للسرخسي٢٨/٤٧، ٤٩.

(٢)المصدر السابق٢٨/٤٩.

(٣)المهذب للشيرازي ١/٤٥٩، الحاوي الكبير للماوردي ٨/٢٦٢.

(٤)المغني لابن قدامة٨/٤١٥، الإنصاف للمرداوي ٧/٢٠٥.

(٥)المهذب للشيرازي١/٤٥٩.

(٦)المغني لابن قدامة٨/٤١٥.

(٧)المبسوط للسرخسي ٢٨/٤٧.

(٨)المغني لابن قدامة٨/٤١٥، الإنصاف للمرداوي ٧/٢٠٥.

الحالة الثانية:أن يكون الرجوع قبل القبض:

إذا أراد الموصى له رد الوصية،وكان قبل قبضه للوصية،فقد اختلف في صحة رجوعه على ثلاثة أقوال:

القول الأول:يصح الرجوع مطلقا،في المكيل،أو الموزون،أو غيرهما،وهو مذهب الحنفية[(1)]،ووجه عند الشافعية،[(2)]وبعض الحنابلة[(3)] رحمهم الله.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله:[وإن رد الموصى له الوصية بطلت برده] وقال أيضا رحمه الله:[وإذا أوصى رجل بوصية فقبلها بعد موته،ثم ردها على الورثة، فرده جائز؛إذا قبلوا ذلك] اهـ [(4)]

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وإن رد بعد القبول،وقبل القبض، ففيه وجهان:أحدهما:لا يصح الرد..،والثاني:أنه يصح الرد،وهو المنصوص] اهـ [(5)]

قال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وقيل:يصح الرد مطلقا] اهـ [(6)]

القول الثاني:لا يصح أن يرجع في قبوله،وهو وجه عند الشافعية،[(7)]والحنابلة في المشهور[(8)]،رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وإن رد بعد القبول،وقبل القبض، ففيه وجهان:أحدهما:لا يصح الرد..،والثاني:أنه يصح الرد،وهو المنصوص] اهـ [(9)]

قال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[لكن لو ردها بعد قبوله،وقبل القبض لم يصح الرد مطلقا على الصحيح من المذهب] اهـ [(10)]

---

(١)المبسوط للسرخسي ٢٧/٤٩.

(٢)المهذب للشيرزاي١/٤٥٩.

(٣)الإنصاف للمرداوي٧/٢٠٥.

(٤)المبسوط للسرخسي ٢٧/٤٧،٤٩.

(٥)المهذب للشيرازي١/٤٥٩.

(٦)الإنصاف للمرداوي٧/٢٠٥.

(٧)المهذب للشيرازي١/٤٥٩،الحاوي الكبير للماوردي٨/٢٦٢.

(٨)الإنصاف للمرداوي٧/٢٠٥.

(٩)المهذب للشيرازي١/٤٥٩.

(١٠)الإنصاف للمرداوي٧/٢٠٥.

القول الثالث: التفريق بين المكيل، والموزون، وغيرها، فلا يصح الرجوع في غيرهما ويصح فيهما وهو الذي جزم به الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله.(١)

قال رحمه الله: [أن يرد بعد القبول وقبل القبض، فينظر فإن كان الموصى به مكيلا أو موزونا صح الرد...، وإن كان غير ذلك لم يصح الرد] اهـ (٢)

الأدلة:

دليل القول الأول: (يصح الرد مطلقا) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الوصية تمليك من جهة الآدمي من غير بدل، فصح رده قبل القبض، كالوقف.(٣)

دليل القول الثاني (لا يصح الرد) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الموصى له قد ملك الموصى به ملكا تاما، فلم يصح رده؛ كما لو قبضه. (٤)

دليل القول الثالث: (يصح الرجوع في المكيل والموزون دون غيرهما) استدلوا بالعقل فقالوا: إن ملكه في المكيل، والموزون لا يستقر إلا بالقبض.(٥)

الترجيح:

والذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بجواز رجوع الموصى له بعد قبوله للوصية قبل القبض، وبعده، ذلك لأن الوصية من عقود التبرعات، وليست من المعاوضات، وفي رد الموصى له الوصية إحسان إلى ورثة الموصي؛ ولأنه لا يجبر على قبولها.

ويستخلص مما سبق أن عقد الوصية يختلف وصفه باللزوم، وعدمه باعتبار النظر إلى الموصوف:

فالعقد في جانب الموصي يعتبر عقدا جائزا يؤول إلى اللزوم، إذ هو في حال حياته له الحق في الرجوع، أما بعد وفاته فإنه يصبح لازما، فليس لورثته إبطال وصيته، فلهذا وصف بالجواز الذي يؤول إلى اللزوم.

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/٤١٥.

(٢) المصدر السابق.

(٣) المهذب للشيرازي ١/٤٥٩.

(٤) المصدر السابق.

(٥) المغني لابن قدامة ٨/٤١٥.

وأما في جانب الوصي:فإنه عقد جائز في حقه، ويؤول إلى اللزوم إذا مات الموصي، وكان الوصي قبلها في حياة الموصي، وأما ما عدا ذلك فهي جائزة في حقه، فله الرجوع في قبول الوصاية، والاستمرار عليها.

وأما في جانب الموصى له:فهو عقد جائز، حتى بعد قبول، وقبضه لما وصي به.

المبحث الرابع

العقد الجائز لكلا الطرفين

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الشركة.

المطلب الثاني: الوكالة.

المطلب الثالث: الوديعة.

المطلب الأول

الشركة

تعريف الشركة :

في اللغة :مأخوذة من:شرك، وهي الشيء يكون بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، يقال شاركت فلانا في الشيء إذا صرت شريكه، وأشركت فلانا :إذا جعلته شريكا لك.(١)

وفي الاصطلاح:هي الاجتماع في استحقاق، أو تصرف.(٢)

مشروعية الشركة:

الأصل في جواز الشركة، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب:فقول الله تعالى: ﴿ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِۚ﴾ [النساء:١٢].

وأما السنة :فحديث أبي هريرة رضي الله عنه يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم، قال: (إن الله يقول:أنا ثالث الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما).(٣)

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة.(٤)

الشركة عقد جائز للطرفين :

ذهب الجمهور من أهل العلم رحمهم الله إلى أن عقد الشركة جائز للطرفين جميعا.(٥)

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٣/٢٦٥، لسان العرب لابن منظور١٠/٤٤٨، المصباح المنير للفيومي ١١٨.

(٢)المغني لابن قدامة٧/١٠٩، ينظر بقية التعاريف:حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٢٩٩، بلغة السالك للصاوي٢/١٦٥، نهاية المحتاج للرملي٥/٣.

(٣)رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الشركة، رقم ٣٣٨٣، سنن أبي داود٣/٢٥٦، جامع الأصول لابن الأثير٥/٦١، قال محققه عبدالقادر الأرناؤوط في الحاشية :حديث حسن.

(٤)المغني لابن قدامة٧/١٠٩.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٦/٧٧، حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٣٢٧، المقدمات لابن رشد ٣/٤٢، الذخيرة للقرافي٨/٥٠، بداية المجتهد لابن رشد ٥/١٩٤، روضة الطالبين للنووي ٤/٢٨٣، بيجرمي على الخطيب ٣/٣٣١، المغني لابن قدامة٧/١٣١، كشاف القناع للبهوتي٣/٥٠٧.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وأما صفة عقد الشركة، فهي أنها عقد جائز غير لازم، حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ] (١) اهـ

وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد الجد (٢) المالكي رحمه الله: [وهي من العقود الجائزة، لكل واحد من المتشاركين أن ينفصل عن شريكه متى ما أراد، ولا يلزمه البقاء معه على الشركة، إلا على التكافؤ، والاعتدال] (٣) اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [لكل واحد فسخ الشركة متى شاء] (٤) اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والشركة من العقود الجائزة، تبطل بموت أحد الشريكين ..، وبالفسخ من أحدهما] (٥) اهـ

مستدلين بأن الشركة يتصرف كل واحد منهما في نصيب صاحبه بموجب تفويض صاحبه له، فتكون ~~الشركة~~ كالوكالة، والوكالة عقد جائز فكذا الشركة. (٦)

إلا أن المالكية رحمهم الله خالفوا في ذلك فقالوا: إن عقد الشركة عقد لازم للطرفين (٧).

قال الشيخ عبد الباقي الزرقاني (٨) المالكي رحمه الله: [والمشهور أنها لازمة بالعقد حصل

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٧٧.

(٢) هو الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، ولد سنة ٤٥٠هـ، كان فقيها، عالما، حافظا للفقه، مقدما فيه على جميع عصره، تولى القضاء فسار فيه بأحسن سيرة، وأقوم طريقة، كان حسن الخلق، سهل اللقاء، توفي رحمه الله سنة ٥٢٠هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي ١٩/٥٠١، شذرات الذهب لابن العماد ٤/٦٢).

(٣) المقدمات لابن رشد ٣/٤٢.

(٤) روضة الطالبين للنووي ٤/٢٨٣.

(٥) المغني لابن قدامة ٧/١٣١.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٦/٤٨٣.

(٧) حاشية الدسوقي ٣/٣٥١.

(٨) هو الإمام عبد الباقي بن يوسف بن أحمد بن محمد بن علوان الزرقاني، ولد بمصر سنة ١٠٢٠هـ، ونشأ بها، كان عالما، نبيلا، فقهيا، متبحرا، لطيف العبارة، توفي رحمه الله سنة ١٠٩٩ هـ بمصر، (خلاصة الأثر للمحبي ٢/٢٨٧، عجائب الآثار للجبرتي ٢/١١٦).

خلط أم لا ..] [1] اهـ

ولم يذكروا دليلا لهم على لزوم عقد الشركة للطرفين، والذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الشركة من العقود الجائزة للطرفين؛ لما تقدم من أن عقد الشركة يجري عليه حكم الوكالة في تصرف كل واحد منهما في حق شريكه، ولأن القول الآخر لم يذكر تعليلا للقول بلزوم العقد، ولأن أصحاب هذا القول قالوا: بأن الشركة تنقطع بالموت، ولو كانت لازمة لما انقطعت بالموت كشأن العقود اللازمة، فدلت هذه الأمور على أن القول بأن الشركة من العقود الجائزة هو الراجح .

---

(١) شرح الزرقاني ٦/٤٣.

المطلب الثاني

الوكالة

تعريف الوكالة :

في اللغة :الوكالة مأخوذة من وكل ووكل، يقال:وكلت الأمر إليه وكلا، إذا فوضته، كما يقال: وكلته توكيلا فتوكل، إذا قبل الوكالة، وهي بفتح الواو، وقد ورد كسرها في لغة، وسمي الوكيل؛لأنه يوكل إليه الأمر.(١)

وفي الاصطلاح :استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة.(٢)

مشروعية الوكالة:

الأصل في جواز الوكالة، الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب : فقول الله تعالى: ﴿ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَـٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَـٰكِينِ وَٱلۡعَـٰمِلِينَ عَلَيۡهَا ﴾ [التوبة:٦٠]، فجوز العمل عليها، وذلك بحكم النيابة عن المستحقين.(٣)

أما السنة :فحديث عروة بن الجعد رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم(أعطاه دينارا، يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه).(٤)

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة.(٥)

الوكالة عقد جائز للطرفين :

تقدم بأن الوكالة إذا كانت عن طريق الإجارة فإنها تعتبر لازمة للطرفين لأنها تأخذ

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٣٦/٦، لسان العرب لابن منظور ٧٣٤/١١، المصباح المنير للفيومي ٢٥٧.

(٢)الروض المربع للبهوتي٢٠٥/٢، ينظر بقية التعاريف:حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥١٠/٥، بلغة السالك للصاوي١٨١/٢، مغني المحتاج للشربيني٢٩٤/٢.

(٣)المغني لابن قدامة١٩٦/٧.

(٤)رواه البخاري، كتاب المناقب، باب حدثني محمد بن المثنى، صحيح البخاري١٨٧/٤.

(٥)المغني لابن قدامة١٩٧/٧.

حكمها [١] أما إذا كانت الوكالة بغير أجرة، ولا جعل، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في لزومها، وجوازها على قولين :

القول الأول: أن عقد الوكالة جائز للطرفين، فلكل منهما ترك العقد متى شاء، وهو مذهب الحنفية، [٢] والمالكية، [٣] والشافعية، [٤] والحنابلة، [٥] رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [الوكالة عقد غير لازم، فكان محتملاً للفسخ بالعزل، والنهي] [٦] أهـ

وقال القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله: [الوكالة عقد جائز، وليس من العقود اللازمة، وفائدة ذلك أن لكل واحد من المتعاقدين الخروج من العقد أي وقت شاء، من غير اعتبار برضا الآخر ..] [٧] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله : [فأما القسم الأول، وهو ما كان غير لازم من جهة المتعاقدين في الحال، ولا يفضي إلى اللزوم في ثاني حال، فهو خمسة عقود :الوكالة..] [٨] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامه الحنبلي رحمه الله: [أن الوكالة عقد جائز من الطرفين، فللموكل عزل وكيله متى شاء، وللوكيل عزل نفسه] [٩] اهـ

القول الثاني: أن عقد الوكالة لازم في جانب الوكيل، جائز في جانب الموكل، وهو قول لبعض المالكية [١٠]، رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين بن شاس المالكي رحمه الله: [واللزوم في قول بعض المتأخرين من

---

(١) ينظر ص ٢٠٧ .

(٢) بدائع الصنائع للكاساني٦/٣٧، البحر الرائق لابن نجيم٧/١٨٧.

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٢٤٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٨٨.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي٦/٥١١، مغني المحتاج للشربيني٢/٢١٣.

(٥) المقنع لابن قدامة٣/١٥١، كشاف القناع للبهوتي٣/٤٦٨.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني٦/٣٧.

(٧) المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١٢٤٢.

(٨) الحاوي الكبير للماوردي٥/٢٩.

(٩) المغني لابن قدامة٧/٢٣٤.

(١٠) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٨٨، الذخيرة للقرافي٨/٩.

جانب الوكيل] [١]اهـ

الأدلة :

دليل القول الأول:(الوكالة جائزة من الطرفين)استدلوا بالعقل من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول:أن الوكالة عقد إرفاق،ومعونة،وذلك يناسب الجواز لا اللزوم. [٢]

الوجه الثاني:أن الوكالة إذن في التصرف،فكان لكل منهما إبطاله،كما لو أذن في أكل طعامه. [٣]

الوجه الثالث:الوكالة من جهة الوكيل بذل نفع،وهو غير لازم،فكانت الوكالة جائزة. [٤]

دليل القول الثاني:(الوكالة لازمة في جانب الوكيل)استدلوا بالعقل فقالوا :بقياس الوكالة على الهبة،فكما أن الهبة لازمة وإن لم تقبض،فكذلك الوكالة. [٥]

الترجيح :

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن الوكالة عقد جائز للطرفين؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانيا:أن هذا القول مجمع عليه،فقد نقل الإجماع على ذلك،كل من الإمامين القاضي ابن رشد الحفيد،والموفق ابن قدامة رحمهما الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله:[فأما أحكام هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم،للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع] [٦]أهـ

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٦٨٨.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي ٦/٥١١.

(٣)المغني لابن قدامة٧/٢٣٤.

(٤)الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٢١٤.

(٥)الذخيرة للقرافي٨/٩.

(٦)بداية المجتهد لابن رشد ٥/٢٩٨.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [أن الوكالة عقد جائز من الطرفين ..ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم] [١] اهـ

ثالثا :أما استدلالهم بالقياس على الهبة فيجاب عنه بجوابين:

الجواب الأول:أنه لا يسلم بأن الهبة تلزم قبل القبض، بل بعده، فبطل بذلك استدلالهم .

الجواب الثاني:أن الهبة تلزم بعد القبض؛لورود النص مستثنيا لها بخلاف الوكالة فإنها لم يرد فيها استثناء، فبقيت على حكم الأصل، وهو الجواز.

(١)المغني لابن قدامة٧/٢٣٤.

المطلب الثالث

الوديعة

تعريف الوديعة:

في اللغة :مأخوذة من ودعت الشيء ، أدعه ، ودعا ، إذا تركته ، ومنه قوله تعالى: ﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَىٰ ﴾ [الضحى:٣]،أي ما تركك ربك ، ومنه دع أي أترك ، والوديعة فعيلة بمعنى مفعوله ، وأودعت زيدا مالا ، إذا دفعته إليه ليكون عنده وديعة ، وجمعها ودائع.(١)

وفي الاصطلاح:المال المدفوع لمن يحفظه بلا عوض.(٢)

مشروعية الوديعة:

الأصل في جواز الوديعة ، الكتاب ، والسنة ، والإجماع.

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَـٰنَـٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا ﴾ [النساء:٥٨].

أما السنة: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال:قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (أد الأمانة إلى من ائتمنك ، ولا تخن من خانك).(٣)

وأما الإجماع فقد أجمع العلماء رحمهم الله على جواز الإيداع والاستيداع.(٤)

الوديعة عقد جائز للطرفين :

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٩٦/٦ ، لسان العرب لابن منظور ٣٨٠/٨ ، المصباح المنير للفيومي ٢٥٠.

(٢)كشاف القناع للبهوتي١٦٦/٤.

(٣)رواه أبو داود ، كتاب البيوع ، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، سنن أبي داود٢٩٠/٣ ، والترمذي ، كتاب البيوع ، باب ، سنن الترمذي٥٦٤/٣ ، والدارمي ، كتاب البيوع ، باب في أداء الأمانة واجتناب الخيانة ، سنن الدارمي٢٦٤/٢ ، نصب الراية للزيلعي ١١٩/٤ ، تلخيص الحبير لابن حجر١١٢/٣ ، إرواء الغليل للألباني٣٨١/٥.

(٤)المغني لابن قدامة ٢٥٦/٩.

الوديعة من العقود الجائزة لكلا الطرفين المودِع والمودَع، فلكل منهما أن يفسخ الوديعة في أي وقت، بل يجب على المودَع أن يردها لصاحبها إذا طلبها، وهذا بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله .

قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [لا خلاف في وجوب رد الوديعة على مالكها، إذا طلبها، فأمكن أداؤها إليه بغير ضرورة ..] [1] اهـ

وقد صرح أهل العلم رحمهم الله بكون الوديعة عقداً جائزاً بين الطرفين وهما المودِع والمودَع .

قال الإمام زين العابدين بن نجيم الحنفي رحمه الله تعالى: [وجائز من الجانبين ..، والإيداع] [2] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [الإيداع ..، وهو عقد جائز من الجهتين، وقاله الأئمة] [3] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [فإذا قبل الوديعة كان قبولها من العقود الجائزة، له المقام عليها، والرجوع ..] [4] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [وهي عقد جائز من الطرفين؛ لأنها نوع من الوكالة] [5] اهـ

فالوديعة إذاً من العقود التي لا تلزم أحد الطرفين، بل لكل واحد منهما أن يفسخها ، ويتحلل من عقدها في أي وقت أراد، ولا يحتاج ذلك إلى موافقة الطرف الآخر أو رضاه، أما لو كانت الوديعة بأجر فإنها تكون لازمة، لا لكونها وديعة، وإنما لكونها إجارة، وقد سبق أن الإجارة من العقود اللازمة التي تلزم كلاً من المستأجر والمؤجر. [6]

---

(١) المغني لابن قدامة ٩/٢٦٨، ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٠٧، الذخيرة للقرافي ٩/١٤٣، منهاج الطالبين للنووي ٣/١١٤.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣٣٦، ينظر درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٢٢٨.

(٣) الذخيرة للقرافي ٩/١٣٨، حاشية الدسوقي ٣/٤٣٢.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٨/٣٥٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ١٧٢.

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٤/١٦٧، المغني لابن قدامة ٦/٤٩.

(٦) ينظر صـ٢٠٣.

إذا العقود التي تكون جائزة للطرفين تنقسم إلى ثلاثة عقود وهي: الشركة، والوكالة، والوديعة، فلكل من الطرفين الحق في فسخ العقد؛ لوصفه بالجواز.

وبهذا ينتهي هذا الفصل الذي بينت فيه أنواع العقد اللازم سواء كان اللزوم متعلقا بالطرفين في الحال والمآل أو في المآل دون الحال، أو كان متعلقا بطرف واحد، وتتميما للعقود أوردت العقد الجائز للطرفين، والعقد اللازم بأنواعه له آثار تترتب على لزومه، وهي آثار تختلف بحسب نوع العقد، وهذه الآثار قد خصصت لها الفصل القادم من هذا الباب.

الفصل الثاني

آثار لزوم العقد

يشتمل هذا الفصل على خمسة مباحث:

المبحث الأول : آثار لزوم العقد في المعاوضات المالية.

المبحث الثاني : آثار لزوم العقد في التوثيق.

المبحث الثالث : آثار لزوم العقد في الإرفاق.

المبحث الرابع : آثار لزوم العقد في النكاح وفروعه.

المبحث الخامس : آثار لزوم العقد في السير والجهاد.

المبحث الأول

أثر لزوم العقد في المعاوضات المالية

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: آثار لزوم العقد العامة في المعاوضات المالية.

المطلب الثاني: آثار لزوم العقد الخاصة في المعاوضات المالية.

المطلب الأول

آثار لزوم العقد العامة في المعاوضات المالية

يشتمل هذا المطلب على أربعة مقاصد:

المقصد الأول: نقل الملكية.

المقصد الثاني: التسليم.

المطلب الثالث: الضمان.

المقصد الرابع: شغل الذمة بالدين.

المقصد الأول

نقل الملكية

إن نقل ملكية المعقود عليه في عقود المعاوضات المالية هو الغرض الذي يراد من ذلك التعاقد، فإن كلاً من العاقدين حينما يعقد عقد معاوضة، فإنما غايته، ومقصده حصوله على المعقود عليه، وتملكه.فإذا تم العقد فإن المعقود عليه يصبح ملكاً لذلك العاقد يستطيع أن يتصرف فيه بأي وجه من الوجوه الشرعية، ونقل الملكية في عقود المعاوضات المالية يكون تارة للذات، وتارة للمنفعة، وبيان ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول:نقل ملكية الذات:

يكون نقل الملكية للذات في العقود التي يقصد منها الحصول على عين المعقود عليه لأجل ذاته أولاً، ثم ما يترتب عليه من استحقاق للمنافع، ففي عقد البيع بعد تمامه، ولزومه بين العاقدين، ينتقل ملك العين إلى المشتري الذي قام بدفع ثمنها لذلك البائع، في حين أن هذا البائع يملك الثمن الذي قام بدفعه المشتري.

يقول الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله في بيانه لأحكام البيع والآثار المترتبة عليه:[ثبوت الملك للمشتري في المبيع، وللبائع في الثمن للحال][(1)] اهـ فبين رحمه الله أن كلاً من العاقدين يثبت له الملك في ذلك المعقود عليه، البائع يملك الثمن، والمشتري يملك المبيع.

وبمثل هذا يقال في العقود التي تندرج تحت البيع، لكنها استقلت باسم لها كالصرف والسلم، فعقد الصرف قد اتفق أهل العلم رحمهم الله على اشتراط التقابض فيه في مجلس العقد فلو تفرقا قبل تقابض البدلين بطل العقد، وقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على ذلك الإمام ابن المنذر رحمه الله حيث يقول:[وأجمعوا أن المتصارفين إذا تفرقا قبل أن يتقابضا أن الصرف فاسد][(2)] اهـ فإذا تم العقد، وتقابضا، فإن كلاً منهما قد ملك ما قبضه من العاقد الآخر، فلا يستطيع أحدهما أن يتصرف فيما قبضه الآخر، لأن ملكيته لذلك الشيء قد زالت، وملك الشيء الذي قبضه عوضاً عنه.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٣٣.

(٢)الإجماع لابن المنذر ١١٨، ينظر بدائع الصنائع للكاساني٥/٢١٥، بداية المجتهد لابن رشد ٥/٧٤، الأم للشافعي ٣/٣١، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/٥٢٤.

وأما عقد الشفعة فإن الملك ينتقل إلى الشافع بتسليمه الثمن، وأخذه للعين المشفوع فيها، قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله : [ويملك بتسليم الثمن، وإن لم يرض المشتري][١] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي ~~الشيرازي~~ رحمه الله: [ويملك الشفيع الشقص بالأخذ؛ لأنه تملك مال بالقهر، فوقع الملك فيه بالأخذ؛ كتملك المباحات][٢] اهـ

وأما عقد السلم فإن الثمن يشترط فيه أن يكون مقبوضاً في مجلس العقد،[٣] وأما المسلم فيه فإنه إذا حل وقته، وكان على الصفة المتفق عليها، فإن المُسْلِم يملكه بقبضه، ولا يحق له الرجوع إذا كان على الصفة التي اتفق عليها، وما استلمه المُسْلَم إليه من ثمن في مجلس العقد فإنه يكون ملكاً له كذلك.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله في السلم: [اسم لعقد يوجب الملك في الثمن عاجلاً، وفي المثمن أجلاً][٤] اهـ

وأما الصلح فإنه لما قصد منه قطع التنازع كان لكل من الطرفين أن يلزم الآخر، وذلك يقتضي تملك كل واحد منهما ما آل إليه بالصلح، وقد سبق ذكر كلام أهل العلم رحمهم الله عن الصلح،[٥] وأنه لا يعد عقداً مستقلاً.

وهكذا الحكم في القسمة، حيث يملك كل واحد من المقتسمين ما آل إليه بالقسمة، ولا يكون في مقدرة أحد الأطراف أخذ ما آل بالقسمة لغيره؛ لزوال الاشتراك عن طريق القسمة الملزمة للأطراف.[٦]

وفي هبة الثواب يكون العقد بيعاً إذا كان مشروطاً، وأما إذا لم يكن مشروطاً فقد سبق أن الراجح أنها تقتضي الثواب،[٧] ولذا فهي تأخذ حكم البيع فيملك كل واحد من المتعاقدين ما وهب له عوضاً عن هبته بمجرد القبض، كالحال في البيع.

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٧٦٥.

(٢) المهذب للشيرازي ١/٣٨٩.

(٣) ينظر ص ١٧٦.

(٤) الاختيار للموصلي ٢/٣٣.

(٥) ينظر ص ٢٣٤.

(٦) ينظر ص ٢٣٩.

(٧) ينظر ص ٣٥٦.

الفرع الثاني:نقل ملكية المنفعة:

يكون نقل ملكية منفعة المعقود عليه في العقود التي يقصد العاقد أن يحصل بها على منفعة العين المعقود عليها ،فالعاقدان حينما أبرما مثل هذا العقد فإن كلاً منهما على علم بأن المقصود من هذا العقد الاستفادة من العين دون تملكها ،ففي الإجارة إذا وردت على عين كدار مثلاً ،فإن المستأجر يملك الانتفاع بها ،ويملك المؤجر الأجرة إذا مكنه من الانتفاع من العين،وإذا وردت على منفعة في الذمة ،فإن المستأجر كذلك يملك منفعة العامل،والأجير بعد تنفيذه لما في ذمته يستحق أجرة عمله.

قال الإمام أبو القاسم عمر الخرقي رحمه الله الحنبلي:[وإذا وقعت الإجارة على أجرة معلومة ،فقد ملك المستأجر المنافع] [1] اهـ

وقد جاء في كلام أهل العلم رحمهم الله ما يدل على ذلك،حيث نصوا على أن المستأجر له أن يستوفي المنفعة بنفسه،أو بمن هو مثله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وله أن يستوفي المنفعة بنفسه، وبغيره] [2] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله : [وللمستأجر استيفاء المنفعة بنفسه، وبمثله] [3] اهـ

وأما الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله فقد جعل الإجارة من أنواع التمليك حيث قسم التمليك إلى نوعين : تمليك عين،وتمليك منافع، [4] ومما يؤكد تملك المنفعة اشتراط أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها. [5]

وأما في المساقاة،والمزارعة فإن رب الأرض يملك منافع العامل حتى انتهاء العقد،حيث يستحق بذلك الأجرة المتفق عليها ،وهي النسبة التي يملكها بموجب قيامه بالسقي، أو

---

(١)مختصر الخرقي٦٤.

(٢)المهذب للشيرازي١/٤٠٨.

(٣)المقنع للموفق ابن قدامة٢/٢٠٩.

(٤)الاختيار للموصلي ٢/٥٠.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٢/٤٥٤ ،المقنع لابن قدامة٢/٢٠٢.

الزرع، ولذا فإن العامل لو هرب قبل تمام العمل، أو مات فإن الوارث يقوم مقامه فإن أبى الوارث فإن الحاكم يستأجر من يقوم بالعمل من تركة العامل.[(١)]

فظهر أن عقود المعاوضات من أثر لزوم العقد فيها أن الملك ينتقل من أحد العاقدين إلى الآخر، سواء في العين، أو المنفعة، فانتقال الملك تارة يكون للعين، وتكون المنفعة تابعة لها، كما في البيع، والعقود التابعة له كالصرف، والسلم، وكذلك العقود التي تؤول إلى البيع، كالصلح، والقسمة، والشفعة، وهبة الثواب.

وتارة يكون انتقال الملك للمنفعة فقط كما في الإجارات حيث ينصب العقد فيها على ملكية المنافع دون الأعيان.

وتظهر حكمة الشرع في إثبات الملكية، والإلزام به على هذا الوجه، أن انتقال الملك هو مقصود العاقدين، وقد راعى العدل بين الطرفين؛ فكل منهما يملك كما يملك الطرف الآخر بعد الرضا منهما.

---

(١) الاختيار للموصلي ٣/٧٧، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٨٢١، مغني المحتاج للشربيني ٢/٤٤٦، كشاف القناع للبهوتي ٣/٥٣٨.

المقصد الثاني

التسليم

إن التسليم للمعقود عليه يعتبر من الالتزامات التي تنشأ عن لزوم العقد في المعاوضات المالية، فيلزم كل واحد من طرفي العقد وهما الملزِم، والملزَم بتسليم الملزَم به.

فالبائع يسلم للمشتري العين التي اشتراها، كما أن المشتري يسلم للبائع الثمن الذي باعه به، فالتسليم واجب عليهما جميعاً؛ لتحقق الملك لكل منهما في الملزم به.

وفي الإجارة يكون المؤجر ملزماً بتسليم العين المستأجرة لينتفع بها المستأجر، فإذا استوفى النفع منها بأن خلى المؤجر بينه، وبينها لزمه أن يدفع الأجرة مقابل انتفاعه بتلك العين، وهكذا لو كانت الإجارة على عمل، فيلزم الأجير بالعمل، والمستأجر بالأجرة، وقد ورد الوعيد الشديد في منع الأجير أجره فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه، ولم يعطه أجره).[1]

فإذا لم يقم كل من الملزِم، والملزَم بتسليم الملزم به، وماطل في التسليم فإنه مانع لحق وجب عليه، ولذا بين شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله أن عدم التسليم للمعقود عليه، هو من أكل أموال الناس بالباطل فقال: [ومن أكل أموال الناس بالباطل أخذ أحد العوضين بدون تسليم العوض الآخر؛ لأن المقصود بالعهود والعقود المالية، هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه، ولهذا قال تعالى: ﴿ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ ﴾ [النساء: ١]، أي تتعاهدون، وتتعاقدون، وهذا هو موجب العقود، ومقتضاها؛ لأن كلاً من المتعاقدين أوجب على نفسه بالعقد ما طلبه الآخر وسأله منه][2] اهـ

فإذا تم العقد، أصبح المعقود عليه ملكاً للعاقد، فباستطاعته المطالبة بتسليم المعقود عليه سواء كان حالاً، أو مؤجلاً بعد تمام أجله إذا كان العقد مبنياً على الأجل، وقابلاً له، وتسليم المعقود عليه في بعض عقود المعاوضات يشترط أن يكون في مجلس العقد كما في الصرف، فإن التقابض في المجلس يشترط لصحة عقده،[3] وأما في السلم فإن التسليم في مجلس

---

(١) تقدم تخريجه ص ٢٠٣.

(٢) مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية ٣/٢٦٤.

(٣) ينظر ص ١٧٢.

العقد شرط في الثمن، دون المثمن، وهو المسلم فيه، فإنه يكون مؤجلا؛ إذ الأصل فيه التأجيل، [(١)] أما ماعداهما من العقود فيصح فيها التأجيل، والتعجيل ففي البيع، يصح أن يكون تسلم العين مؤجلا، كما أن تسليم الثمن يصح أن يكون مؤجلا، و مثل ذلك في الشفعة، والمساقاة، والمزارعة، والهبة يقصد منها الثواب.

وهكذا الإجارة، فيصح أخذ الأجرة قبل العمل، وبعده، وقبل استيفاء المنفعة وبعدها، وإن كان الأصل أن الأجرة لا تكون إلا بعد استيفاء المنفعة، لكن إذا كان هناك عرف بتقديم الأجرة صح ذلك، إذ ليس تأخير الأجر شرطا، وذلك كما هو متعارف الآن بتقديم الأجرة في تأجير العقارات، فإن أجرة العقار تكون مقدمة لستة أشهر، أو سنة، وهكذا الاستئجار على التعليم كما في المدارس الأهلية فإن الأجرة تقدم على العمل.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس رحمه الله:[الأجرة، وهي كالثمن إلا أنها لا تتعجل بمجرد العقد، إلا أن يكون هناك شرط، أو عادة، أو يقارن العقد ما يوجب التقديم ..] [(٢)] اهـ

ومما يدل كذلك على أن التسليم للمعقود عليه من آثار لزوم العقد أن أهل العلم رحمهم الله اشترطوا القدرة على تسليم المعقود عليه، [(٣)] وإذا تخلف ذلك فلا يصح العقد، فلو لم يكن التسليم واجبا لما كان لاشتراط المقدرة عليه فائدة.

كما يذكر أهل العلم رحمهم الله التسليم للثمن، وما في حكمه، كالأجرة في مقابل الشيء الذي دفع من أجله المال.

يقول الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله في حكم البيع:[فتسليم البدلين واجب على العاقدين؛لأن العقد أوجب الملك في البدلين، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك، ولا يتهيأ الانتفاع إلا بالتسليم ..] [(٤)] اهـ

ويقول القاضي عبد الوهاب البغدادي رحمه الله في استحقاق الأجرة:[وإذا حصل التمكين فالأجرة مستحقة استوفيت المنفعة، أو لا] [(٥)] اهـ

---

(١)ينظر ص ١٧٩.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٨٣٦، ينظر الاختيار للموصلي٢/٥٥.

(٣)ينظر ص ١٢٩.

(٤)بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٤٣.

(٥)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٠٠.

ويقول الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله في السلم: [وإذا حل السلم وجب على المسلم إليه تسلم المسلم فيه على اقتضاء العقد ..][1] اهـ

ويقول الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله في الشروط في العقد إنها تنقسم أربعة أقسام: [أحدها: ما هو من مقتضى العقد، كاشتراط التسليم، وخيار المجلس، والتقابض في الحال، فهذا وجوده كعدمه، لا يفيد حكماً ولا يؤثر في العقد ..][2] اهـ

فاتفقت عباراتهم رحمهم الله على أن التسليم أحد آثار لزوم العقد، فهذا الإمام الكاساني رحمه الله يبين أن الانتفاع بالمعقود عليه لا يحصل إلا بالتسليم، فيسلم كل منهما البدل الذي ملكه العاقد الآخر، بينما يوضح القاضي عبد الوهاب البغدادي رحمه الله أن الأجرة تستحق مع التمكن من استيفائها، سواء استوفاها المستأجر، أم لا، وأما الإمام الشيرازي رحمه الله فقد نص على أن التسليم في السلم واجب على ما يقتضيه العقد.

أما اشتراط التسليم فهو اشتراط لما يقتضيه العقد أصلاً؛ لأنه من مقتضيات العقد كما نص على ذلك الإمام الموفق رحمه الله.

ومما تقدم يتبين أن التسليم من الأمور التي تترتب على إبرام هذه العقود اللازمة، وأنه أثر من آثارها.

---

(١) المهذب للشيرازي ١/٣٠٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٣٢٣.

المقصد الثالث

الضمان للمعقود عليه

الضمان يراد به التغريم، يقال: ضمن الشيء؛ إذا غرمه، وضمنته المال؛ إذا ألزمته إياه[١]، فإذا تلف المعقود عليه كله، أو بعضه، مثل أن يشتري سلعة من الطعام فتتلف كلها، أو بعضها بعد تمام عقد البيع، ولزومه، فإنه حينئذ يرد السؤال: هل يكون ضمان هذا التلف من البائع، أو يكون من المشتري، أو بمعنى آخر من الذي يغرم هذا التلف، ويقوم بالتعويض عنه، و يتحمل هذا التلف من طرفي العقد، أهو الملزِم، أو الملزَم ؟ والجواب على هذا السؤال يختلف بحسب اختلاف حالات التلف، والتي تنحصر في ثلاث حالات:

الحالة الأولى : أن يتم التلف بعد القبض:

فإذا تم التعاقد وقام المشتري بقبض المعقود عليه، فإنه يضمنه، ويكون متحملا لخسارته، وتلفه بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله: [ولا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض؛ إلا في العهدة، [٢] والجوائح [٣]..][٤] اهـ

الحالة الثانية : أن يتلف قبل التمكن من القبض :

في هذه الحالة يكون تلف المعقود عليه قبل القبض، فالمشتري لم يتمكن من قبض السلعة بعد، مع أنه حصل الاتفاق بين الطرفين على العقد، ففي هذه الحالة لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن الضمان على البائع، وإلى ذلك يشير شيخ الإسلام ابن تيميه رحمه الله

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٢٥٧/١٢، المصباح المنير للفيومي ١٣٨، المطلع للبعلي ٢٤٩.

(٢) هي أن كل عيب حدث في العين عند المشتري فهو من البائع، وهي عهدتان: عهدة الثلاثة الأيام؛ وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشتري، وعهدة السنة؛ وهي من العيوب الثلاثة: الجذام، والبرص، والجنون، فما حدث في السنة من هذه العيوب بالمبيع فهو من البائع، وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل، وقد انفرد الإمام مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الأمصار. بداية المجتهد لابن رشد ٣٨/٥، المصباح المنير للفيومي ١٦٥.

(٣) ينظر ص ٦١١.

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٥٣/٥.

بقوله :[وكذلك المبيع إذا تلف قبل التمكن من قبضه، مثل أن يشتري قفيزاً من صبرة، فتتلف الصبرة قبل القبض، والتمييز، كان ذلك من ضمان البائع بلا نزاع][(١)] اهـ

الحالة الثالثة :أن يتلف بعد التمكن من القبض وقبل قبضه :

المراد بهذه الحالة أن يمكن البائع المشتري من السلعة حتى يقبضها، فيتأخر المشتري في القبض، فيحصل التلف، والضرر، قبل أن يحصل القبض، فهل تمكين البائع للمشتري من القبض ينزّل منزلة القبض الحقيقي أو لا ؟اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة وذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:التفريق بين ما يحتاج إلى توفية، كالمكيل، والموزون، والمعدود، وغيرها، فما كان يحتاج إلى ذلك، فلا ضمان على المشتري إلا بعد قبضه، ولا يتصرف فيه، وما كان لا يحتاج إلى ذلك، فالضمان على المشتري، وله التصرف فيه، وهو مذهب المالكية، [(٢)] والحنابلة، [(٣)] رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[فإن تأخر القبض لا يبطل العقد، فإن تلف نظر : فإن كان في المبيع حق توفية من كيل، أو وزن، أو عدد، فضمانه من البائع .. ،وأما ما ليس فيه حق توفيه، مثل البيع بعينه، أو الجزاف، فتلفه من المشتري قبل القبض، وبعده ..] [(٤)] اهـ

وقال الإمام أبو القاسم الخرقي الحنبلي رحمه الله:[وإذا وقع البيع على مكيل، أو موزون، أو معدود، فتلف قبل قبضه فهو من مال البائع، وماعداه فلا يحتاج فيه إلى قبض، وإن تلف فهو من مال المشتري][(٥)] اهـ

القول الثاني:أن المشتري ليس له التصرف في المعقود عليه إلا بعد قبضه، سواء كان عقاراً، أو غير عقار، مطعوماً أو غير مطعوم، والضمان على البائع قبل القبض مطلقاً، وهو

---

(١)مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٣٨/٣٠، ٢٦٩.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٧٣/٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٥٠٣/٢، ولهم في ذلك تفصيل.

(٣)المغني لابن قدامة١٨١/٦، كشاف القناع للبهوتي٢٤٢/٣، ولهم روايات أخرى في هذا.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب٩٧٣/٢.

(٥)مختصر الخرقي٥٣.

مذهب الشافعية،[١] وقول أبي يوسف الأول، ومحمد من الحنفية،[٢] ورواية عند الحنابلة،[٣] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [للقبض حكمان: أحدهما انتقال الضمان إلى المشتري، فالمبيع قبل القبض من ضمان البائع، ومعناه: أنه لو تلف، انفسخ العقد وسقط الثمن..][٤] اهـ

وقال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله: [وأما بيع العقار قبل القبض ..، ولا يجوز في قوله الأول، وهو قول محمد ..][٥] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله بعد ذكره لقول الإمام الشافعي رحمه الله: [.. عن أحمد رواية أخرى؛ كقوله][٦] اهـ

القول الثالث: أن المشتري ليس له التصرف في المعقود عليه، إلا بعد قبضه، إلا العقار، وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف،[٧] رحمهما الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ومن اشترى شيئاً مما ينقل، ويحوّل لم يجز له بيعه حتى يقبضه .. ، ويجوز بيع العقار قبل القبض عند أبي حنيفة، وأبي يوسف، وقال محمد لا يجوز][٨] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (التفريق بين ما يحتاج إلى توفية وغيره) استدلوا بالنقل، ولهم في ذلك حديثان:

١) حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٢٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٨٩.
(٢) المبسوط للسرخسي ١٣/ ٩، الهداية للمرغيناني ٣/ ٥٩.
(٣) المغني لابن قدامة ٦/ ١٨٣.
(٤) روضة الطالبين للنووي ٣/ ٥٠١.
(٥) المبسوط للسرخسي ١٣/ ٩.
(٦) المغني لابن قدامة ٦/ ١٨٣.
(٧) المبسوط للسرخسي ١٣/ ٩، الهداية للمرغيناني ٣/ ٥٩.
(٨) الهداية للمرغيناني ٣/ ٥٩.

الخراج بالضمان).[1]

وجه الدلالة :أنه عليه الصلاة والسلام جعل الضمان على من يكون له الخراج،وخراج المبيع الذي يحتاج إلى توفية للبائع،بخلاف الذي لا يحتاج؛فخراجه يكون للمشتري فيتعلق الضمان بمن له الخراج.[2]

٢) حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال:(مضت السنة أن ما أدركته الصفقة حيا مجموعا فهو من ضمان المبتاع).[3]

وجه الدلالة في قوله : (حيا مجموعا)حيث جعل ما هو ممكن القبض بوصف حيا مقبوضا،وإن لم يقبضه المشتري،فالسنة جعلت الضمان على المشتري،بخلاف ما لم يكن كذلك بأن كان يحتاج إلى توفية من البائع فهو من ضمان البائع.

دليل القول الثاني:(الضمان على البائع حتى يقبضه المشتري)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل،فاستدلوا من السنة،ولهم حديثان:

١) حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : يا رسول الله إني اشتري بيوعا فما يحل لي منها،وما يحرم ؟ قال : (إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه،ولاتبع ما ليس عندك).[4]

وجه الدلالة :عموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الإنسان لما اشتراه حتى يقبضه،قال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله بعد إيراده هذا الحديث : [فكان هذا النهي عاما في كل بيع][5]اهـ،وعلى هذا فإنه يكون الضمان على البائع في جميع المبيعات حتى يحصل القبض من المشتري للسلعة.

---

(١)رواه أبو داود،كتاب البيوع،باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً،سنن أبي داود ٢٨٤/٣،وابن ماجة،كتاب التجارات،باب الخراج بالضمان،سنن ابن ماجة٧٥٤/٢،والترمذي،كتاب البيوع،باب ما جاء فيمن يشتري العبد..،وقال: (هذا حديث حسن صحيح،وقد روي هذا الحديث من غير هذا الوجه،والعمل على هذا عند أهل العلم) اهـ سنن الترمذي ٥٨١/٣،والنسائي،كتاب البيوع،باب الخراج بالضمان سنن النسائي ٢٥٤/٧،تلخيص الحبير لابن حجر٢٧/٣،وقال عنه الألباني:حسن،إرواء الغليل١٥٨/٥.

(٢)ينظر المعونة للقاضي عبد الوهاب٩٧٣/٢،المغني لابن قدامة١٨٦/٦.

(٣)رواه البخاري معلقاً في البيوع،باب إذا اشترى متاعاً أو دابة .. صحيح البخاري ٢٣/٣،والدار قطني في كتاب البيوع،سنن الدارقطني٥٤/٣.

(٤)تقدم تخريجه ص ١٢٤.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي٢٢١/٥.

٢) حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن).[(١)]

ووجه الدلالة :أن المصطفى صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح الشيء غير المضمون، والمبيع قبل القبض غير مضمون على المشتري بدليل أن ما حدث به من عيب يستحق به المشترى الفسخ لأنه من ضمان البائع.[(٢)]

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن بيع ما لم يقبض غير مقدور على تسليمه، وبيع ما لا يقدر على تسليمه باطل كالعبد الآبق، والجمل الشارد.[(٣)]

دليل القول الثالث : (ليس له التصرف قبل القبض إلا في العقار)استدلوا بالنقل وذلك بحديث حكيم بن حزام رضي الله عنه.[(٤)]

وجه الدلالة :أن هذا الحديث أصل في منع التصرف في المبيع قبل قبضه، ونستثني العقار؛لأن هلاكه نادر، والنادر لا حكم له، فالمانع من التصرف هو الغرر خشية الهلاك، والعقار ليس كذلك.[(٥)]

الترجيح :

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بالتفريق بين ما تمكن فيه المشتري من القبض فيكون من ضمانه، وبين ما لم يمكن المشتري من قبضه، فيكون من ضمان البائع؛وذلك لما يأتي:

أولاً :أن في هذا القول جمعاً بين الأدلة، يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله:[والسنة في هذا الباب فرّقت بين القادر على القبض، وغير القادر في الضمان

---

(١)رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ،سنن أبي داود٣/٢٨٣، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك، سنن الترمذي ٣/٥٢٥، وقال: (هذا حديث حسن صحيح) اهـ، وابن ماجة، كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن، سنن ابن ماجة ٢/٧٣٧، ورواه النسائي، كتاب البيوع، باب سلف، وبيع.. ،سنن النسائي ٧/٢٩٥.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي٥/٢٢١.

(٣)المصدر السابق.

(٤)شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٧٤.

(٥)المصدر السابق.

والتصرف، فأهل المدينة اتبع للسنة في هذا الحكم كله، وقولهم أعدل من قول من يخالف السنة] [1] اهـ

ثانيا :أن تعليق الضمان بالتمكين من القبض أحسن من تعليقه بنفس القبض، وبهذا جاءت السنة، كما في الجوائح تكون على البائع إذا لم يتمكن المشتري من الجذاذ، وكان معذورا، وأما إذا فرط في القبض، مع إمكانه فإنه يتحمل المسؤولية وحده، ويضمن. [2]

ثالثا :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بأنه قياس مع الفارق، فإن غير المقبوض منه ما هو مقدور على تسليمه، وهو مدار الحديث، ومنه ما هو غير مقدور التسليم فهو كذلك، لا لعدم قبضه، بل لعدم القدرة على الاستلام.

كل هذا متعلق بعقد البيع، وأما بقية عقود المعاوضات فإن عقد الصرف يشترط فيه التقابض، وما لم يتم القبض فيه فهو غير صحيح [3] ،ولذا فالضمان بعد التقابض متفق عليه أنه على من انتقل إليه ملك ذلك المعقود عليه، و أما قبل التقابض فكل منهما لم يتصرف فيه، فضمان التالف عليه بالاتفاق كما سبق [4].

وأما عقد السلم، والإجارة، والصلح، ونحوها من العقود التي يملك فيها العوض بالهلاك؛فإنه لا يجوز التصرف فيها في المعقود عليه قبل قبضه، وقد أشار إلى ذلك الإمام الموفق رحمه الله بقوله:[وكل عوض ملك بعقد ينفسخ بهلاكه قبل القبض، لم يجز التصرف فيه قبل قبضه كالذي ذكرنا، والأجرة، وبدل الصلح، إذا كانا من المكيل، والموزون، أو المعدود، وما لا ينفسخ العقد بهلاكه، جاز التصرف فيه قبل قبضه ..] [5] اهـ

وبهذا يظهر أن المشتري إذا مكن من القبض فلم يقبض، فإنه يكون ضامنا، وأما إذا ما لم يمكن من القبض فإن الضمان لا يكون عليه، وإنما على البائع وحده .

فالعبرة في الحكم بالضمان في هذه المسألة إنما هي بالتمكين من القبض، فإذا مكن البائع المشتري من قبض ما عقد عليه، ففرط، ولم يقبض فإنه يضمن، وأما إذا لم يمكنه من القبض، مثل أن يماطل بتقبيضه، كلما أراد القبض أجله، أو كان المعقود عليه يحتاج إلى

---

(١)مجموع الفتاوى لابن تيمية٢٠/٣٤٥.

(٢)المصدر السابق.

(٣)ينظر ص ١٧١.

(٤)ينظر ص ٤١٠.

(٥)المغني لابن قدامة٦/١٩١، ١٨٨ ،شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٧٣.

توفية تتم من العاقد فلم يقم بذلك، فالضمان يكون على البائع، الذي لم يُمكّن المشتري من قبض المعقود عليه.

المطلب الرابع

شغل الذمة بالدين

تعتبر عقود المعاوضات المالية المبنية على المداينة، كالبيع المؤجل، والسلم، والإجارة من العقود الموجبة لشغل ذمة العاقد بحق الطرف الآخر.

فإذا كان العقد على بيع سلعة بثمن مؤجل، كانت الذمة المشغولة ذمة المشتري، وهو ملتزم بموجب عقد البيع بسداد الثمن المؤجل عند حلول الأجل، وهذا الشغل لذمته مرتب في الحقيقة على التعاقد الذي تم إبرامه بين الطرفين، ولا يحكم بلزومه إلا بعد تمام العقد، وصحته، فهو أثر من آثاره، والآثار الصحيحة لا تكون صحيحة معتبرة إلا إذا صحت أصولها التي ترتبت عليها.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ويجوز البيع بثمن حالّ، ومؤجل إذا كان الأجل معلوماً] اهـ (١)

وجاء في المدونة: [أرأيت إن اشترى الرجل السلعة إلى الأجل البعيد العشر سنين، أو العشرين سنة أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم ذلك جائز] اهـ (٢)

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [قال صاحب المقدمات: إذا اشتراها للأجل، فالحكم يوجب المقاصة عند الأجل، وما لم يتقاصا فالثمن لكل منهما في ذمة صاحبه] اهـ (٣)

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله: [فإن تلف المبيع بآفة سماوية انفسخ البيع؛ لتعذر قبضه المستحق؛ كالتفرق قبله في الصرف، وسقط الثمن إن كان في الذمة، فإن كان معيناً وجب رده] اهـ (٤)

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ومن باع سلعة بنسيئة؛ أي بثمن مؤجل، أو بثمن حالّ لم يقبضه صح الشراء] اهـ (٥)

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/٢٢.

(٢) المدونة لسحنون ٣/٢٦٢.

(٣) الذخيرة للقرافي ٥/٩.

(٤) مغني المحتاج للشربيني ٢/٨٩.

(٥) كشاف القناع للبهوتي ٣/١٨٥.

وهكذا الحال في عقد السلم، إلا أن عقد السلم تكون الذمة المشغولة فيه ذمة البائع؛لأن موجب التعاقد بينه ،وبين المشتري يستلزم منه أن يقوم بتسليم المبيع في الأجل المعلوم،فالسلعة المباعة دين في ذمته،ترتب شغلها بموجب التعاقد ،وكانت لازمة بلزوم التعاقد نفسه،فهي أثر من آثاره المترتبة عليه؛ولهذا كان تعريف السلم متضمناً لهذا الأثر حيث عرف السلم بأنه:عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد .[(١)]

وفي عقد الإجارة،يقوم المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر،ويلتزم المؤجر بمعاوضته على ذلك بالمنفعة،كالسكن مدة معلومة،وتنشغل ذمته بذلك على وجه اللزوم بحيث لو امتنع من ذلك،أو مطله أجبر على رفع يده،وتمكين المستأجر من حقه،فهذا الشغل لذمة المؤجر ما هو إلا أثر من آثار اللزوم المترتب على التعاقد الصحيح بين المؤجر، والمستأجر.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله :[وحكم التصرف في الأجرة قبل القبض إذا وجبت في الذمة حكم التصرف في الثمن قبل القبض إذا كان ديناً] اهـ [(٢)]

وقال الشيخ محمد الدسوقي المالكي رحمه الله في الإجارة:[قوله:الدين بالدين،أي ابتداء الدين بالدين لشغل ذمة المكري بالدابة مثلاً،والمكتري بالدراهم] اهـ [(٣)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في الإجارة:[وهي قسمان:واردة على عين كإجارة العقار،ودابة،أو شخص معينين،وعلى الذمة كاستئجار دابة موصوفة،وبأن يلزم ذمته خياطة،أو بناء] اهـ [(٤)]

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [وتجب الأجرة بنفس العقد فتثبت في الذمة وإن تأخرت المطالبة بها] [(٥)]

---

(١)كشاف القناع للبهوتي٣/٢٨٨،شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٦٦،حاشية الدسوقي٣/١٩٥،منهاج الطالبين للنووي٢/١٤٢.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٤/١٩٣.

(٣)حاشية الدسوقي٤/٣.

(٤)منهاج الطالبين للنووي٢/٤٥١.

(٥)كشاف القناع للبهوتي ٤/٤٠.

كما أن عقد المعاوضة غير المؤجل كالبيع الحالّ تنشغل فيه الذمة بالدين إذا لم يقم المشتري بدفع الثمن إلى البائع.

فظهر أن ترتب الدين في الذمة يعتبر أثراً من آثار لزوم العقد في المعاوضات المالية.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في المعاوضات المالية

يشتمل هذا المطلب على أربعة مقاصد:

المقصد الأول:قطع الخصومة.

المقصد الثاني:فض الشراكة.

المقصد الثالث:حرية الرقبة.

المقصد الرابع:الربح أوالخسارة.

المقصد الأول

قطع الخصومة

هذا الأثر يظهر في عقد الصلح، إذ عادة ما يكون الصلح بين أطراف متنازعة، قد ذهب الود عنها، ونشأ الخلاف بينها، والصلح بأنواعه يقيم ما فسد، فإذا حدث تصالح بين طرفين متنازعين فإن هذا الصلح الذي توصل إليه طرفا النزاع ينهي الخلاف بينهما، ويزيل النزاع عنهما، ولا يكون لأحد منهما أن يثير النزاع حول ما تم الصلح عليه؛ إذ به تقطع الخصومة، ويرفع الخلاف.

ومما يدل على هذا الأثر في عقد الصلح تعريف أهل العلم رحمهم الله للصلح بأنه معاقدة يتوصل بها إلى قطع النزاع بين مختلفين.(١)

وقد أشار إلى هذا الأثر الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله حيث بين أن قطع الخصومة ما هو إلا حكم أصلي، لا ينفصل عنه جنس الصلح، فقال رحمه الله: [وأما بيان حكم الصلح فنقول، وبالله التوفيق: إن للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع.. أما الأصل فهو انقطاع الخصومة، والمنازعة بين المتداعيين شرعاً حتى لا تسمع دعواهما بعد ذلك](٢) اهـ

وقد بين هذا الأثر الشيخ أحمد الصاوي(٣) المالكي عند بيانه لسبب ذكر الصلح بعد الحجر فقال رحمه الله: [لما أنهى الكلام على ما أراد من أسباب الحجر شرع في الكلام على شيء من مسائل الصلح؛ لأنه قطع المنازعة](٤) اهـ

كما أشار إلى ذلك الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في بداية كلامه في باب الصلح فقال: [فسره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين](٥) اهـ

---

(١) ينظر ص ٢٢٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٥٣.

(٣) هو الشيخ أبو العباس أحمد بن محمد الصاوي الخلوتي المصري، ولد في صاء الحجر بمصر سنة ١١٧٥هـ، أحد أئمة المالكية المتأخرين، توفي رحمه الله في المدينة النبوية سنة ١٢٤١هـ (شجرة النور الزكية لمخلوف ٣٦٤، هدية العارفين للبغدادي ١/١٨٤).

(٤) بلغة السالك للصاوي ٢/١٤٦.

(٥) روضة الطالبين للنووي ٤/١٩٣.

وبينه الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله عند بيان الصلح عن الإنكار فقال:[فيدفع المدعي شيئاً؛افتداء ليمينه،وقطعاً للخصومة][1]اهـ

مما سبق من نصوص أهل العلم رحمهم الله يتبين أن عقد الصلح له أثر يستقل به عن غيره من العقود،وهو قطع الخصومات،وإزالة النزاعات،فلا يبقى لأحد الأطراف حق في أن يثير النزاع من جديد،ولو لم يكن ذلك أثراً لعقد الصلح؛لترتب عليه هدر جهد المصلح،ولامتنع كل واحد من الطرفين من التنازل عما اتفق عليه عند الصلح؛إذ أن من طبيعة البشر حب الاستئثار بالشيء،وعدم التنازل عما يعتقد أنه حق له،فلو لم يحكم بلزوم أثر الصلح لأدى ذلك إلى استهانة الناس به،وعدم تعويلهم عليه،فيتراجعون عنه متى شاءوا،ولربما يتكرر منهم الصلح أكثر من مرة،وكل ذلك لا تترتب عليه المصالح المطلوبة،ولا تندرئ به مفاسد الشرور التي قصد الشرع قطع أسبابها،وإزالتها عن المجتمع المسلم،وأفراده،لكن إذا ترتب الأثر على اللزوم بقطع النزاع،وفض الخصومة،تحققت المصالح المطلوبة،واندرءت المفاسد،والشرور على أتم الوجوه،وأكملها،وألزم كل طرف بهذا الأثر،فلا يستطيع أن يثير الخلاف مرة أخرى.

---

(١)المغني لابن قدامة٧/٧.

المقصد الثاني

فض الشراكة

هذا الأثر يظهر في عقد القسمة في الأعيان[١]؛إذ أنها تكون في شيء مشترك فيه، يكون لكل شريك نصيب مشاع، غير محدد، ولا متميز، فعلى سبيل المثال لو أن ورثة ميت ورثوا عنه داراً، فلكل وارث نصيب من هذه الدار حسب القسمة الشرعية، لكن هذا النصيب غير متميز، بل هو مشاع في الدار كلها، فإذا اتفق الشركاء على قسمة ما هم مشتركون فيه، فإنهم بعد القسمة يستقل كل شريك بما أظهرت القسمة له، فلا يكون له فيها شريك.

يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله عند بيانه حكم قسمة الأعيان:[حكم القسمة ثبوت اختصاص بالمقسوم عيناً تصرفاً فيه، فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك][٢]اهـ

وقال الشيخ أحمد الدردير المالكي رحمه الله في تعريفه للقسمة:["القسمة" أي حقيقتها عرفاً "تعيين" أي تمييز نصيب كل شريك من الشركاء كثروا، أو قلوا في "مشاع" عقار أو غيره][٣]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[واستقر ملك كل واحد منهم على ما خرج له بها][٤]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في بيان الحاجة بالناس إلى القسمة:[ولأن بالناس حاجة إلى القسمة؛ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف على إيثاره، ويتخلص من سوء المشاركة، وكثرة الأيدي][٥]اهـ

فظهر من هذه النصوص أن الشريك بعد أن كان يملك نصيباً غير متميز من المقسوم أصبح بهذه القسمة منفرداً عن غيره من الشركاء، مختصاً بشيء متميز، له أن يتصرف فيه بأي وجه من الوجوه الشرعية، ولذا نجد الإمام الكاساني رحمه الله جعل من أحكام

---

(١)ينظر نوعي القسمة ص ٢٣٨.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٧/٢٨.

(٣)الشرح الصغير للدردير٢/٢٣٧.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي١٦/٢٥٥.

(٥)المغني لابن قدامة١٤/٩٧.

القسمة؛ أن المقسوم له يختص بما قسم له، فهو قبل القسمة غير مختص بل له شركاء في ذلك الملك، في حين بين الشيخ الدردير رحمه الله أن حقيقة القسمة تمييز لنصيب كل واحد من الشركاء، مما يدل على أن النصيب قبل القسمة غير متميز؛ لوجود الشركة فيه، أما الإمام الماوردي رحمه الله فبين أن الملك يستقر بعد القسمة على النصيب الذي خرج له بالقسمة، وبين الإمام الموفق رحمه الله أن مساوئ المشاركة في الأملاك يمكن التخلص منها بالقسمة، وانفراد الشخص بنصيبه من الشيء المشترك فيه، حتى يمكن له أن يتصرف فيه بما شاء، ومن هذا كله يظهر جلياً أن من آثار القسمة أنها تنهي المشاركة، وتجعل لكل من الشركاء نصيباً خاصاً به، دون غيره.

المقصد الثالث

حرية الرقبة

يظهر هذا الأثر في عقدين من عقود المعاوضات المالية، وهما عقد العتق بعوض، وعقد المكاتبة، فهذان العقدان المقصد الأساسي منهما تحرير الرقبة من رق العبودية لغير الله سبحانه.

فإذا تم العقد بين السيد، وعبده على أن يعتقه على عوض يدفعه العبد له بدون تقسيط، فإن وفّى العبد لسيده بما اتفقا عليه أصبح حراً طليقاً، فارتفع عنه الرق، وزال، فله ما للحر، وعليه ما على الحر، وهذا الأثر نص أهل العلم رحمهم الله عليه في مواطن كثيرة، فمن ذلك:

قول الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ومن أعتق عبده على مال، فقبل العبد عتق][1] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [في الكتاب: أنت حر الآن وعليك مائة إلى أجل كذا، عتق الآن][2] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولو قال: أعتقتك على كذا، فقبل في الحال، أو قال العبد: أعتقني على كذا، فأجابه، عتق، وعليه ما التزم][3] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وإذا قال لعبده: أنت حر، وعليك ألف؛ عتق، ولا شيء عليه][4] اهـ

أما إذا كان العقد الذي تم الاتفاق عليه بين السيد، وعبده عقد مكاتبة فإن الأثر المترتب على هذا العقد اللازم من الحرية موقوف على أداء أقساط الكتابة، والوفاء بها من قبل العبد، فإذا أداها، ودفعها كاملة فإنه يصبح حراً، مستحقاً لمنافعه، ومكاسبه، وتزول ملكية السيد عنه.

---

(١) الهداية للمرغيناني ٢/٦٥.

(٢) الذخيرة للقرافي ١١/١٢٩.

(٣) روضة الطالبين للنووي ١٢/١٠٩.

(٤) المغني لابن قدامة ١٤/٤٠٦.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله عند بيانه للأحكام المترتبة على عقد المكاتبة :[أما الأول:فزوال يد المولى عن المكاتب،وصيرورة المكاتب أحق بمنافعه، ومكاسبه..،وثبوت حق الحرية للمكاتب][(1)] اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله في المكاتبة :[وذلك أن العبد يؤدي المال على أنه إن أدى عتق][(2)]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في صيغة المكاتبة :[كاتبتك على كذا منجماً إذا أديته؛فأنت حر][(3)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله :[وإذا أدى ما كوتب عليه،أو أبرئ عتق][(4)]اهـ

فظهر من هذا كله أن حرية الرقيق تعتبر أثراً مترتباً على لزوم عقدي المكاتبة،والعتق بعوض،ويملك الرقيق بموجب ذلك منافع نفسه،ويستحق مكاسبه،شأنه في ذلك شأن الأحرار سواء بسواء.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٤/١٥٠.

(٢)المعونة للقاضي عبدالوهاب٣/١٤٦٣.

(٣)منهاج الطالبين للنووي٤/٦٥٤.

(٤)المقنع لابن قدامة٢/٥٠٠.

المقصد الرابع

الربح أو الخسارة

هذا الأثر من الآثار المترتبة على لزوم عقد المضاربة، فإن عقدها يستلزم استحقاق طرفي العقد لمقاسمة الربح بينهما على حسب ما اتفقا عليه، كما أنهما يتحملان خسارته، وفواته على المضاربة، فأما الربح فإنه نماء المال المضارب به، فإن الاستحقاق فيه للطرفين مترتب على لزوم عقد المضاربة، فلا يملك رب المال منع العامل من استحقاقه كله، أو بعضه على ما اتفقا عليه، كما لا يملك العامل أن ينفرد بالربح كله، أو يمنع رب المال شيئاً مستحقاً له بالعقد المتفق عليه بينهما، كذلك لا يملك الطرفان رفع الخسارة عنهما في حال انكسار المضاربة، فرب المال يتحمل خسارة ماله، وليس من حقه أن يطالب العامل بتعويضه، كذلك يتحمل العامل الخسارة من جهة فوات الربح، وعوض عمله، فلا يحق له أن يطالب رب المال بتعويضه عن ذلك، وهذا متفق عليه بين العلماء رحمهم الله، ويظهر ذلك جلياً من خلال النقول التالية:

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [المضارب شريك رب المال في الربح، ورأس ماله الضرب في الأرض..، واشتراط الوضيعة على المضارب باطل] اهـ [1]

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [فإن كان هناك ربح اقتسماه على شرطهما..، وإن كان فيه وضيعة فمن مال رب المال] اهـ [2]

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [..عقد القراض موجب لاشتراك رب المال، والعامل في الربح، ولا يختص به أحدهما، دون الآخر] اهـ [3]

وقال رحمه الله: [فعلى هذا لو شرطا في عقد القراض تحمل العامل للخسران كان القراض باطلاً؛ لاشتراطهما خلاف موجبه] اهـ [4]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [قال: "والربح على ما اصطلحا عليه" يعني في جميع أقسام الشركة، ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة. قال ابن المنذر: أجمع

---

(١) الاختيار للموصلي ٣/١٩.

(٢) المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١١٢٢.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣١٣.

(٤) المصدر السابق ٧/٣٣٢.

أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح، أو نصفه، أو ما يجمعان عليه] اهـ [١]

وقال رحمه الله: [والوضيعة في المضاربة على المال خاصة، ليس على العامل منها شيء؛ لأن الوضيعة عبارة عن نقصان رأس المال، وهو مختص بملك ربه، لا شيء للعامل فيه، فيكون نقصه من ماله دون غيره، وإنما يشتركان فيما يحصل من النماء] اهـ [٢]

وقد ورد أثر عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه يدل على أن الربح بينهما، والخسارة على رب المال حيث يقول رضي الله عنه : (الربح على ما اصطلحا عليه، والوضيعة على المال)[٣]

إذاً فما وجد من ربح فهو بين العامل، ورب المال على ما شرطاه، وما وجد من خسارة فالعامل قد خسر جهده، ورب المال قد خسر ماله، ولهذا فليس للعامل، أو رب المال أن يفسخ العقد حتى يتبين الربح من الخسارة؛ لأن العامل لا يستحق الأجر إلا بالعمل، فالربح في عقد المضاربة لا يتبين إلا بعد انتهاء العقد، ورب المال لو عاد المال إليه وهو عرض لكان فيه كلفة عليه حتى يعيده عيناً. [٤]

فمعرفة الربح، أوالخسارة في عقد المضاربة هو من آثار لزوم العقد الذي يستقل به عقد المضاربة دون غيره من العقود. [٥]

---

(١)المغني لابن قدامة٧/١٣٩.

(٢)المصدر السابق٧/١٤٤.

(٣)رواه ابن أبي شيبة في المصنف٦/٤.

(٤)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١١٢٧، بداية المجتهد لابن رشد٥/١٦٨.

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٠٩، المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١١٢٧، المهذب للشيرازي١/٣٩٥، المغني لابن قدامة٧/١٧٣.

المبحث الثاني

أثر لزوم العقد في التوثيق

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول :آثار لزوم العقد العامة في عقود التوثيق.

المطلب الثاني: آثار لزوم العقد الخاصة في عقود التوثيق.

المطلب الأول

(الأثر العام للزوم العقد في عقود التوثيق)

إن لعقود التوثيق أثراً عاماً تشترك فيه جميعها، إذ بموجبها يمكن استيفاء الحق من تلك الوثيقة، فإنما جعلت لتقوم مقام الحق عند تعذر حصوله، فيستوفى الحق منها، سواء كانت تلك الوثيقة رهناً، أو كفالة، أو ضماناً.

ففي عقد الرهن إذا لم يقم الراهن بسداد الدين الذي عليه في الأجل المتفق عليه، كان من حق المرتهن أن يقوم ببيع الرهن، لكي يستوفي حقه منه، ويظهر هذا الأثر لدى أهل العلم رحمهم الله من خلال الجوانب التالية:

أولاً: أنهم عند تعريفهم للرهن يذكرون أن الفائدة هي استيفاء الحق من العين المرهونة، ويظهر ذلك جلياً من خلال التعاريف التالية:

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله في تعريف الرهن: [جعل الشيء محبوساً بحق يمكن استيفاؤه من الرهن][1] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي رحمه الله: [احتباس العين وثيقة بالحق؛ ليستوفى الحق من ثمنه، أو من ثمن منافعها، عند تعذر أخذه من الغريم][2] اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله: [جعل عين مال وثيقة بدين يستوفى منها عند تعذر وفائه][3] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [توثقة دين بعين؛ يمكن استيفاؤه منها، أو من ثمنها ..][4] اهـ

فجميع هذه التعاريف ذكرت كلمة الاستيفاء في التعريف، مما يدل على أن الأثر المترتب على الرهن اللازم، إنما هو استيفاء الحق من العين المرهونة بعد بيعها إذا لم يقم الراهن بسداد الدين المطلوب في أجله.

---

(١) الهداية للمرغيناني ٤/١٢٦.

(٢) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤١٥.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٢/١٦٦.

(٤) الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٥/٥١.

ثانيا : أن العين المرهونة لا تنفك من الرهن إلا بعد أن يبرأ الراهن من جميع الدين، وقد ذكر ذلك الإمام ابن المنذر رحمه الله، وبين أنه مما اتفق أهل العلم عليه فقال:[وأجمعوا أن من رهن شيئا، أو أشياء بمال، فأدى بعض المال، وأراد إخراج بعض الرهن، أن ذلك ليس له، ولا يخرج من الرهن شيئا، حتى يوفيه آخر حقه، أو يبرأ من ذلك][1] اهـ، فبين رحمه الله أن العين المرهونة لا يمكن إخراجها من الرهن، وفكه عنها إلا بعد سداد جميع الدين، وأن الراهن لو قام بسداد بعض الدين لم تحل له المطالبة بفك الرهن حتى يوفي جميع الدين، مما يؤكد ما ذكرنا من أن الاستيفاء مقصود في حال العجز، وهو أثر مترتب على لزوم عقد الرهن بعد حصول القبض للعين المرهونة.[2]

ثالثا :ما ذكره بعض أهل العلم رحمهم الله من أن في سقوط الرهن، دون رضا المرتهن إسقاطا لفائدة الرهن، وفي تقرير ذلك يقول الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله :[فإذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان، ولأنا لو جوزنا الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة، وسقطت فائدة الرهن][3]اهـ

رابعا :ما ذكره بعض أهل العلم رحمهم الله من أن القاضي يلزم الراهن بالوفاء، أو البيع إذا عجز عن الوفاء، والسداد، وفي ذلك يقول الإمام محيي الدين النووي رحمه الله : [ولو طلب المرتهن بيعه، فأبى الراهن، ألزمه القاضي قضاء الدين، أو بيعه][4]اهـ

فالرهن إذا وثيقة يتمكن المرتهن من خلالها من استيفاء حقه إذا امتنع الراهن من قضاء الدين الذي عليه للمرتهن، فحينئذ يجبره القاضي على بيع العين المرهونة؛ ليستوفي المرتهن دينه، وحقه.

وبهذا كله يتضح أن الأثر المترتب على الحكم بلزوم الرهن بعد قبضه، هو تمكين المرتهن من استيفاء حقه من العين المرهونة إذا حل الأجل، ولم يقم الراهن بالسداد.

وفي عقد الضمان يعتبر استيفاء الحق من الضامن أثرا من الآثار المترتبة على لزومه، ويظهر ذلك من ~~خلال الجوانب التالية~~:

---

(١)الاجماع لابن المنذر ١٢٤، ينظر المهذب للشيرازي ١/٣١٤، المقنع لابن قدامة٢/١٠٦.

(٢)ينظر ص ٣٢٦.

(٣)المهذب للشيرازي ١/٣١٤.

(٤)منهاج الطالبين للنووي٢/١٨٤.

أولا : أن الإمام ابن المنذر رحمه الله نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على أن المضمون له يحق له أن يأخذ المال من الضامن، وذلك بقوله :[وأجمعوا على أن الرجل، إذا ضمن عن الرجل لرجل مالا معلوما بأمره، أن الضمان لازم له، وله أن يأخذه ممن ضمن عنه][1]اهـ

ثانيا : أن الضامن لا يبرأ من ذلك الدين؛إلا إذا قام الأصيل بالوفاء، فإذا لم يقم بالوفاء فإن ذمة الضامن تبقى مشغولة بالحق للمضمون له.[2]

وفي عقد الكفالة يترتب استيفاء الحق على لزومه في حال تعذر إحضار الكفيل لمكفوله، فيطالب بسداده، أو دفع عوضه، كما أشار إلى ذلك الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بقوله: [وإن تعذر إحضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين، أو عوض الدين] [3]اهـ

فتبين مما سبق أن عقود التوثيق وهي الرهن، والضمان، والكفالة، المقصود منها في الأساس هو حصول الأمان في الاستيفاء من هذه الوثيقة إذا تعذر ذلك ممن عليه الحق، فيباع المرهون ليستوفى من ثمنه، ويجبر الضامن على القيام بضمانه، والكفيل على إحضار مكفوله، فكان استيفاء الحق منها أثرا من آثار لزوم عقودها.

---

(١)الإجماع لابن المنذر ١٢٥ ،الاختيار للموصلي ١٦٦/٢ ،كشاف القناع للبهوتي٣٦٤/٣.

(٢)ينظر ص٢٦١.

(٣)المقنع لابن قدامة١١٩/٢ ،التلقين للقاضي عبد الوهاب ٤٤٤/٢.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في عقود التوثيق

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: استحقاق المطالبة بالإحضار.

المقصد الثاني: استحقاق المطالبة بالسداد.

المقصد الثالث: عدم تصرف الراهن في العين المرهونة.

المقصد الأول

استحقاق المطالبة بالإحضار

المراد باستحقاق المطالبة بالإحضار أن المكفول له من حقه أن يطالب الكفيل بأن يحضر مكفوله؛ذلك أن الكفالة يراد بها كفالة البدن، والكفيل ملتزم بإحضار من كفله، حتى يتمكن المكفول له من استيفاء حقه من المكفول، وفي حالة عجز الكفيل عن إحضار مكفوله فإنه يكون ملزَماً بدفع ما لزم مكفوله، أو يحبس مكانه.(١)

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله:[والواجب إحضاره، وتسليمه في مكان يقدر على محاكمته، ليفيد تسليمه، فإذا فعل برئ؛لأنه أتى بما التزمه، وحصل مقصود المكفول له..] اهـ (٢)

وقال القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي رحمه الله:[تصح الكفالة بما عليه، فإن جاء الكفيل به برئ وإن لم يأت به لزمه ما عليه] (٣)اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم بلا حائل كمُتَغَلِّب، وبأن يحضر المكفول به، ويقول:سلمت نفسي عن جهة الكفيل] اهـ (٤)

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[وإن تعذر إحضاره مع بقائه، لزم الكفيل الدين، أو عوض الدين] (٥)اهـ

فظهر من هذه النصوص أن من الآثار التي تترتب على لزوم عقد الكفالة، أن الطرف الملزَم فيها، وهو الكافل يكون مطالباً بأن يحضر مكفوله، حتى يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه من الأصيل حال حضوره، أو من الكفيل عند عدم قيامه بإحضار كفيله، ولو لم يحكم بأثر الكفالة المشتمل على إحضار المكفول، أو السداد عنه، لأدى ذلك إلى ضياع حق المكفول له، لكن لما ترتب على لزوم عقد الكفالة هذا الأثر تحققت المصلحة المطلوبة

---

(١)الاختيار للموصلي٢/١٦٧، التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٤٤، مغني المحتاج للشربيني٢/٢٧٨، المغني لابن قدامة٢/١١٩.

(٢)الاختيار للموصلي٢/١٦٧.

(٣)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٤٤.

(٤)مغني المحتاج للشربيني٢/٢٧٧.

(٥)المقنع لابن قدامة٢/١١٩.

منها، وهي تمكن المكفول له من ضمان حقه، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية، فإن الكافل لم يجبر على الكفالة، بل حصلت منه عن قناعة بما يترتب عليها من ضرر، فهو حينما أقدم عليها كان على علم بالغبن فيها، فوجب عليه أن يفي بما التزم به.

المقصد الثاني

استحقاق المطالبة بالسداد

هذا الأثر يختص به عقد الكفالة والضمان، كما اختص عقد الرهن بعدم جواز التصرف في المرهون بما يزيل الملك[١]، والمراد باستحقاق المطالبة بالسداد أن المكفول له، والمضمون له من حقه أن يطالب الكفيل، والضامن بسداد الحق الذي له على المكفول، والمضمون؛ ذلك أن هذين العقدين إنما شرعا من أجل توثيق الحق.

فالكفالة يراد بها كفالة البدن، والكفيل قد ألزم نفسه بإحضار من كفله، لكي يكون في مقدرة المكفول له أن يستوفي حقه من المكفول، وفي حالة عجز الكفيل عن إحضار مكفوله فإنه يكون ملزَماً بدفع ما لزم مكفوله، أو يحبس مكانه.

وفي الضمان يكون الضامن قد ضم ذمته لذمة المضمون عنه، فيكون بذلك مطالباً بنفس الحق الذي يطالب به المضمون، فهنا الطرف الملزِم طرف واحد، وهو صاحب الحق سواء كان مكفولاً له، أو مضموناً له.

وبناء على ذلك ففي عقد الكفالة فالملزِم له أن يطالب الكفيل، والأصيل، فيطالب الكفيل بالإحضار، ويطالب الأصيل بسداد الدين، فإن طالب الكفيل بإحضار مكفوله فلم يحضره، فإنه يطالبه بسداد الدين [illegible]، وقد جاء ذلك منصوصاً عليه عند أهل العلم رحمهم الله[٢]، ويدل على ذلك ما يأتي:

قال الإمام عبدالله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وإذا صحت الكفالة فالمكفول له إن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالب الأصيل] اهـ [٣]

وقال القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي رحمه الله: [تصح الكفالة بما عليه، فإن جاء الكفيل به بريء، وإن لم يأت به لزمه ما عليه] [٤] اهـ

---

(١) ينظر ص ٤٣٩.

(٢) الشافعية رحمهم الله لهم قولان في الغرم، الأول: أن الكفيل لا يغرم عند الإطلاق، وهذا هو الأصح عندهم، والثاني: أن الكفيل يغرم عند الإطلاق. روضة الطالبين للنووي ٤/٢٥٩، مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٧٩.

(٣) الاختيار للموصلي ٢/١٦٩.

(٤) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٤٤.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [وإن تعذر إحضاره، مع بقائه، لزم الكفيل الدين، أو عوض الدين] [(١)] اهـ

وفي عقد الضمان فإنه يكون للمضمون له الحق في مطالبة الضامن، والمضمون عنه، سواء كانا مجتمعين، أو منفردين؛ لأن الدين ثابت في ذمتيهما جميعاً، ويؤيد ذلك كثير من النصوص التي وردت عن أهل العلم رحمهم الله [(٢)]، والتي تدل على أن المضمون له، يطالب من شاء منهما، إن أراد الضامن، أو المضمون عنه.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وإذا صحت الكفالة، فالمكفول له إن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالب الأصيل؛ لما بينا من الضمّ، وله مطالبتهما جمعاً، وتفريقاً] [(٣)] اهـ

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [وللطالب أخذ الضمين عند تعذر أخذ الحق من الغريم] اهـ [(٤)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وللمستحق مطالبة الضامن، والأصيل] [(٥)] اهـ وقال الشيخ محمد الشربيني رحمه الله معلقاً: [بالدين اجتماعاً وانفراداً، أو يطالب أحدهما ببعضه، والآخر بباقيه] [(٦)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، في الحياة، والموت] [(٧)] اهـ

فظهر من هذه النصوص أن من الآثار التي تترتب على لزوم عقد الكفالة، والضمان أن الطرف الملزَم فيها، وهو الكافل، والضامن مطالب بسداد الدين، ولو لم يحكم بأثر الكفالة المشتمل على السداد، لأدى ذلك إلى ضياع حقوق أصحاب الديون، وتلاعب البعض بما للغير

---

(١) المقنع لابن قدامة ٢/١١٩.

(٢) المالكية رحمهم الله يرون أن المضمون له لا يطالب الضامن إذا تيسر له الأخذ من مال المدين، وهذا القول هو الذي رجع إليه الإمام مالك بعد قوله: رب الدين مخير في طلب أيهما شاء. التلقين للقاضي عبدالوهاب ٢/٤٤٥، بلغة السالك للصاوي ٢/١٥٨.

(٣) الاختيار للموصلي ٢/١٦٩.

(٤) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٤٥.

(٥) منهاج الطالبين للنووي ٢/٢٨١.

(٦) مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٨٢.

(٧) المقنع لابن قدامة ٢/١١٢.

عليـه، ولسـهل علـى الكـافل أن يكفـل مـن شـاء، ثـم إذا ترتـب عليـه الحـق تراجـع عـن كفالته، وهكذا الحال في الضامن، لكن لما ترتب على لزوم عقدهما هذا الأثر تحققت المصلحة المطلوبة منهما، وهذا من عدل الشريعة الإسلامية، فإن الكافل، والضامن لم يجبرا بل حصل منهما العقد عن قناعة بما يترتب عليه من ضرر، فهما حينما أقدما عليه، والتزما به كانا على علم بالغبن فيه، فوجب عليهما أن يفيا بما التزما به.

إذاً من أثار لزوم العقد في عقود التوثيق أن لصاحب الحق - وهو المكفول له، والمضمون له - أن يطالب من شاء الأصيل، أومن قام بكفالته، وضمانه بالسداد، ولو لم يكن ذلك أثراً من آثار لزوم عقد الكفالة، والضمان، لما كان لهما من معنى.

المقصد الثالث

عدم تصرف الراهن في العين المرهونة

مما يترتب على لزوم عقد الرهن أن الراهن لا يحق له أن يتصرف في العين المرهونة بما يلغي التوثيق في جانب المستفيد منها، والمراد بالتصرف أن يقوم ببيع العين المرهونة، أو بهبتها، أو بالتصدق بها، وبغير ذلك من أنواع التصرف، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله هذه المسألة ونصوا على أنه لا يجوز أن يبيع العين المرهونة، وأن تصرفه موقوف على نظر صاحب الدين، فإن شاء أجاز، وإن شاء امتنع، وأبطل البيع، غير أني سوف أذكر ما قاله الإمام ابن المنذر عن إجماع أهل العلم على ذلك أولاً، ثم أقوم بتوثيق ذلك بذكر نصوص المذاهب الدالة على هذا الحكم.

يقول الإمام ابن المنذر رحمه الله: [أجمعوا على أن الراهن ممنوع من بيع الرهن، وهبته، وصدقته، وإخراجه من يد من رهنه، حتى يبرأ من حق المرتهن][1] اهـ فلو أن الراهن تمكن من أن يتصرف في المرهون لفاتت الفائدة من هذه الوثيقة، وهي استيفاء حقه من تلك العين، فلو قيل: بأن له بيع هذه الوثيقة، فأراد المرتهن حقه فإنه لن يتمكن من استيفائه؛ لزوال ملك الراهن عن هذا المرهون، وانتقاله إلى ملك غيره، ولذا أجمع أهل العلم على أن الراهن لا يتصرف في المرهون، لتناقض ذلك مع الفائدة التي شرع من أجلها الرهن.

و النصوص التي تبين أن العين المرهونة لا يتصرف فيها الراهن دون إذن المرتهن، وتؤكد الإجماع الذي ذكره الإمام ابن المنذر رحمه الله، منها ما قاله الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله: [فإذا باع الراهن الرهن، فهو موقوف على إجازة المرتهن، أو قضاء دينه ..][2] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي رحمه الله: [وإذا باع الراهن الرهن بغير إذن المرتهن، فللمرتهن إجازته، وفسخه، فإن إجازه بطل حقه في الرهن][3] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وليس للراهن المقبض، تصرف يزيل الملك][4] اهـ

---

(١) الإجماع لابن المنذر ١٢٣.

(٢) الاختيار للموصلي ٢/٦٩.

(٣) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٢١.

(٤) منهاج الطالبين للنووي ٢/١٧٧.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وتصرف الراهن في الرهن لا يصح إلا العتق، فإنه ينفذ، ويأخذ منه قيمته رهناً مكانه][1]اهـ

فمن خلال هذه النصوص ظهر لنا أن التصرف في العين المرهونة بما يزيل الملك لا يصح؛لأن ذلك يؤدي إلى فوات المعنى الذي من أجله شرع الرهن، وعليه فإنه يكون منع الراهن من التصرف على هذا الوجه أثراً من الآثار المترتبة على الحكم بلزوم عقد الرهن، إلا ما استثني من العتق الذي لا يمكن تداركه، إلا أن الراهن يضمن لصاحب الدين القيمة، ويجعلها رهناً مكان العين المرهونة التي أعتقها، وهذا يؤكد معنى اللزوم لعقد الرهن الذي تم بين الطرفين، حيث ردت القيمة، وحلت محل العين، ولو كان الرهن جائزاً لتمكن الراهن من التصرف في المرهون سواء بفسخ العقد دون رضا الراهن، أو قيامه بما ينقل ملكيته عنه، ولما أجبر على أن تؤخذ منه قيمة المرهون في حال العتق.

وإن هذا الأثر ليبرز كمال منهج الشريعة الإسلامية، وضمانها لحقوق الناس، حيث قفلت الأبواب المفضية للتلاعب، وإضاعة حقوق أصحاب الديون، فهذا الأثر المهم لو لم يكن مترتباً على لزوم العقد لسهل على كل مديون أن يرهن ما شاء، ثم يقوم ببيع العين المرهونة، فيسلم من الدين أداءً، وضماناً، وهذا بلا شك مفوت للمعنى الذي شرع الرهن من أجله، وهو تمكين صاحب الدين من حقه إذا عجز المديون من السداد، أو امتنع منه والله أعلم .

---

(١)المقنع لابن قدامة٢/١٠٤.

المبحث الثالث

أثر لزوم العقد في عقود الإرفاق

يشتمل هذا المبحث على مطلبين :

المطلب الأول:آثار لزوم العقد العامة في عقود الإرفاق.

المطلب الثاني: آثار لزوم العقد الخاصة في عقود الإرفاق.

المطلب الأول

آثار لزوم العقد العامة في عقود الإرفاق

العقود التي يراد بها الإرفاق هي العقود التي يقصد منها مجرد الإحسان فلا تشتمل على قصد المعاوضة كالبيع، ونحوه، وتنحصر هذه العقود في أربعة أنواع:

النوع الأول: القرض: ووجه الرفق فيه أن صاحب المال يعطي المستدين المال، وهو لا يريد المتاجرة، أو الغبن، وإنما يقصد الإحسان، والرفق به، ثم يقوم المستدين برد الدين على حسب ما اتفق عليه الطرفان.

النوع الثاني: العارية: والرفق فيها مبني على أن المعير يعطي العين لأخيه المسلم ليستفيد من منفعتها على سبيل الإحسان، ولا يطالب بعوض على ذلك، كما في الإجارة، فكان مقصده الرفق محضاً من هذا الوجه.

النوع الثالث: الهبة لغير الثواب: وفيها يقوم الواهب بإعطاء الموهوب المال بقصد الرفق به، ولا يرد عوضاً في مقابلها، فمن الناس من يقصد المحبة، والتودد لمن وهبه، ومنهم من يقصد البر، والصلة كما في هبة الولد لوالده، أو قريبه، وغير ذلك من المقاصد التي يقصد منها الإحسان.

النوع الرابع: الوصية: وفيها يقوم الموصي بمنح الموصى له المال قاصداً بذلك الإحسان لا غير؛ إذ الوصية لا تنفذ إلا بعد موت الموصي، فلا تتأتى فيها المعاوضة فتمحض قصد الرفق فيها.

إذا تقرر ذلك فإن من الآثار التي تترتب على لزوم عقود الإرفاق أن الملك فيها ينتقل إلى المرفق به دون عوض منه، فالعقود التي يراد بها المعاوضة، ينتقل الملك فيها مقابل العوض، وهذا العوض مقصود من التعاقد، أما هنا فالملك ينتقل دون أن يكون عوض، وإذا وجد العوض فإنه لا يكون مقصوداً، وإنما المقصود الرفق، فالقرض يوجد فيه الرد للعوض الذي قام بدفعه المقرض دون زيادة، فلم يكن قصده المعاوضة، وإنما الرفق بالمقترض، وفي الهبة لغير ثواب، وكذا الوصية ليس فيهما عوض وإنما فيهما الرفق بالموهوب له، والموصى له، فالملك ينتقل في هذه العقود، دون عوض مالي، وانتقال الملك تارة يكون للذات، وتارة يكون للمنفعة، وبيان ذلك من خلال المقصدين التاليين:

المقصد الأول

انتقال ملكية الذات

تنتقل ملكية الذات في بعض عقود الإرفاق من المرفق إلى المرفق به، ويكون المرفق ملزَماً بهذا الأثر المترتب على العقد المتفق عليه بين الطرفين.

ففي عقد القرض إذا تم قبضه، فإن المقترض قد ملك ذلك القرض، والواجب عليه رد بدله يقول الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وأما حكم القرض فهو التمليك، وإن لم يتصرف، فلو أراد الرجوع في عينه، لم يكن له ذلك إلا بعد انتهاء المدة المحددة للانتفاع بالشرط، والعادة] [1] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول؛ لأنه تمليك آدمي، فلم يصح من غير إيجاب، وقبول، كالبيع] [2] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [يثبت الملك فيه بالقبض] [3] اهـ

وفي عقد الهبة إذا قبض الموهوب الهبة، فإنها تصبح ملكه، وليس لها مقابل، ولا عليه أن يرد بدلها، ويدل على أن الهبة تفيد التملك أن العلماء رحمهم الله وصفوها بكونها موجبة لانتقال الملكية من الواهب إلى الشخص الموهوب له، ويظهر ذلك جلياً من خلال تعريفات العلماء رحمهم الله للهبة بأنها تفيد التملك بغير عوض، فقد عرفها الإمام محيي الدين النووي رحمه الله بقوله: [التمليك بلا عوض هبة] [4] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة في تعريفها: [هي تمليك في حياته بغير عوض] [5] اهـ

وأما الوصية فإن الموصي إذا توفي انتقلت ملكية الموصى به إلى الشخص الموصى له؛ ولذلك لا تصح الوصية إلا إذا كانت لشخص يملك كما أشار إلى ذلك الإمام أبو إسحاق

---

(١) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٦٨.

(٢) المهذب للشيرازي ١/٣٠٩.

(٣) المقنع لابن قدامة ٢/٩٩.

(٤) منهاج الطالبين للنووي ٢/٥٣٧.

(٥) المقنع لابن قدامة ٢/٣٣١.

الشيرازي رحمه الله بقوله:[ولا تصح الوصية لمن لا يملك، فإن وصى لميت لم تصح؛لأنه تمليك، فلم يصح للميت كالهبة][1] اهـ

فظهر مما تقدم أن أثر ملكية المرفق به في عقود الإرفاق مترتب على الحكم بلزوم عقدها، وأن هذه الملكية مترتبة على عقد القرض، والهبة، والوصية، والحكم بهذا الأثر عام فيما أقرض، ووهب، ووصى به، فلا يختص بعقار، ولا منقول، ولا بثمن، فجميعها تنتقل ملكيتها للمرفق به، إلا أن عقد الهبة لا يرد فيه الموهوب له ما وهب، لا عينه، ولا بدله، وفي عقد القرض يملك المرفق به التصرف في المال، ولكن على أساس رد بدله، وأما في عقد الوصية، فإن الموصى له يملك المرفق به ملكية مطلقة، ولا يطالب برد بدله.

---

(١)المهذب للشيرازي ٤٥٨/١.

المقصد الثاني

انتقال ملكية المنفعة

تنتقل ملكية المنفعة دون العين في عقد واحد من عقود الإرفاق ،وهو عقد العارية،فإذا أعار شخص شخصا عارية ،فإن المعار يملك الانتفاع بها إلى المدة المتفق عليها إن كانت محددة المدة،وإلا كان له الانتفاع بقدر المعتاد.

ولهذا فقد عرف القاضي عبد الوهاب البغدادي رحمه الله العارية بقوله :[تمليك منافع العين بغير عوض][1]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس رحمه الله:[إبقاؤه مدة ينتفع بها الانتفاع المعتاد بمثلها عند استعارتها][2]اهـ

وقد ذكر علماء المالكية رحمهم الله ذلك؛لأنهم يرون أن العارية من العقود اللازمة ، بخلاف غيرهم ممن جعلها من العقود الجائزة،وقد سبقت الإشارة إلى ذلك مع أدلة كل قول،والترجيح.[3]

وحيث قلنا بلزومها فإن المستعير يملك الانتفاع بالعارية ، إما حسب المتفق عليه،أو حسب المعتاد ،فكان انتقال ملكية المنفعة في العارية،وهي من عقود الإرفاق أثرا من الآثار المترتبة على الحكم بلزوم عقدها.

---

(١)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٣٥.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٧٣٥.

(٣)ينظر ص ٣٦٤.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في عقود الإرفاق

ويشتمل هذا المطلب على ثلاثة مقاصد:

المقصد الأول: رد البدل.

المقصد الثاني: رد ذات العين.

المقصد الثالث: الضمان.

المقصد الأول

رد البدل

الرد هو الإرجاع، ومنه سميت الردة عن الإسلام أي الرجوع عنه إلى الكفر، يقال رده إلى منزله، ورد إليه جواباً أي أرجعه، واسترد الشيء إذا طلب رده عليه.(١)

والبدل هو الخلف، والغير، فبدل الشيء خلفه، وتبديل الشيء تغييره، والأصل في التبديل جعل شيء مكان شيء آخر، ومنه قول الرجل للرجل: اذهب بفلان معك، فيقول: معي رجل بدله: أي رجل يغني غناءه، ويكون مكانه.(٢)

ولما كان المقترض يملك عين القرض الذي أقرضه إياها، ويقصد استخدام ما اقترض في قضاء حوائجه، وهذا يستلزم ذهاب عين المال، فلا يكون في مقدوره إلا أن يرد شيئاً آخر بدلاً عنه مما يماثله في القدر، والنوع، والجنس، فلو أنه اقترض مائة ريال سعودي من فئة ورقة واحدة، فإنه سوف يصرف هذا المائة لما اقترضها من أجله، وإذا أراد رد ما اقترضه فإنه سوف يرد مائة ريال سعودي؛ لكنها ليست نفس عين المائة التي أخذها من المقرض بل مثلها، فربما ردها من فئة ورقة واحدة، أو من ورقتين أو أكثر، فهو إذاً يرد بدل القرض، وقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه لما استقرض البكر من الإبل، رد أفضل منه، ولم يرد عين ما استقرضه، فهذا يدل على أن المقترض ليس بملزم برد عين القرض، وإنما هو ملزم برد مثله، أو أحسن منه إن أراد أن يتكرم، كما فعل عليه الصلاة والسلام، حيث إن سن الخيار الرباعي أفضل من سن البكر من الإبل.(٣)

وقد وردت نصوص كثيرة عن أهل العلم رحمهم الله تبين هذا الأثر، وتوضح أن على المقترض أن يرد بدل المال الذي استقرضه، وليس بملزم برد عينه، ولذلك يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وأما حكم القرض فهو: ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال، وثبوت مثله في ذمة المستقرض للحال](٤) اهـ

---

(١) لسان العرب للفيومي ١٧٢/٣.

(٢) المصدر السابق ٤٨/١١.

(٣) تقدم تخريجه ص٣٣٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣٩٦/٧.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[فلو قيل:المقترض ماذا يؤدي؟قلنا المثل في المثليات،وفي ذوات القيم][1]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل؛لأن مقتضى القرض رد المثل..][2]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[ويثبت الملك فيه بالقبض،فلا يملك المقرض استرجاعه،وله طلب بدله][3]اهـ

ومن خلال هذه النقول يتبين لنا أن المذاهب الأربعة متفقة على إلزام المقترض برد القرض،وأنه ملزم برد بدله،ومثله،وليس بملزم برد عين المال الذي استقرضه كما تقدم.

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٥٦٨.

(٢)المهذب للشيرازي١/٣١١.

(٣)المقنع لابن قدامة٢/٩٩.

المقصد الثاني

رد ذات العين

يظهر هذا الأثر في عقد العارية، فالمستعير إذا انتهت حاجته من العارية يقوم برد عين العارية إذا كانت باقية، فلو أن إنساناً استعار سيارة لركوبها، أو منزلاً ليسكنه، أو أداة ليستخدمها أو غير ذلك فإنه يعيد ما استعاره بعد انتهائه من العين المستعارة إذا كانت باقية العين.

والحكم بوجوب رد المستعير لما استعاره لا خلاف فيه بين أهل العلم رحمهم الله، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [ويجب رد العارية إذا كانت باقية بغير خلاف][1] اهـ

هذا إذا كانت العارية على الحالة التي استعارها من المعير، أما إذا تعرضت العارية للهلاك، والتلف فليس في مقدور المستعير أن يرد ذات العين التي استعارها، فهل يلزم المستعير أن يضمن هذه العارية للمعير، أم أنه غير ملزم بذلك؟ هذا ما سوف يكون الحديث عنه في المقصد التالي.

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٣٤١، ينظر: الاختيار للموصلي ٣/٥٥، المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١٢٠٨، المهذب للشيرازي ١/٣٧٠.

المقصد الثالث

الضمان [١]

سبق في المقصد السابق أن المستعير بعد قضاء غرضه من تلك العارية فإنه يقوم بردها إليه بعينها، فلو استعار سيارة لمدة شهر مثلاً فإنه سوف يردها إلى من أعاره إياها بذاتها، لكن لو فرض أن هذه العين قد هلكت في يد المستعير فهل يده يد أمانة فلا يضمن، أم أن يده يد ضمان فيلزمه الضمان لهذه العارية؟

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في أن المستعير إذا كان فرط في حفظ العارية فتلفت فإنه ضامن لهذه العارية، وعليه أن يدفع لمن أعاره بدلاً عنها . [٢]

أما إذا كان تلف العارية لم يكن عن تفريط من المستعير، ولا تعدي ، فقداختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المستعير يضمن العارية مطلقاً، وهو مذهب الشافعية [٣]، والحنابلة [٤]، وأحد قولي الإمام مالك [٥]، رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [فإذا تلفت العين في يد المستعير ضمنها، سواء تلفت بآفة سماوية أم بفعله، بتقصير، أم بلا تقصير] [٦] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ويجب ضمانها إذا كانت تالفة، تعدى فيها المستعير، أو لم يتعد] [٧] اهـ

وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله: [فمنهم من قال: إنها

---

(١) ينظر تعريف الضمان ص ٤١٠.

(٢) الهداية للمرغيناني٣/ ٢٢٠، عقد الجواهر الثمينة٢/ ٧٣٣، الحاوي الكبير للماوردي٧/ ١١٨، المغني لابن قدامة٧/ ٣٤١.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي٧/ ١١٨، روضة الطالبين للنووي٤/ ٤٣١.

(٤) المغني لابن قدامة٧/ ٣٤١، كشاف القناع للبهوتي٤/ ٧٠.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد٥/ ٣٢٢، عقد الجواهر الثمينة٢/ ٧٣٣.

(٦) روضة الطالبين للنووي٤/ ٤٣١.

(٧) المغني لابن قدامة٧/ ٣٤١.

مضمونة، وإن قامت البينة على تلفها، وهو قول أشهب، والشافعي، وأحد قولي مالك][1] اهـ

القول الثاني: أن المستعير لا يضمن إذا لم يكن منه تعدي، وهو مذهب الحنفية[2]، رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [والعارية أمانة إن هلكت من غير تعد لم يضمن][3] اهـ

القول الثالث: أن المستعير لا يضمن ما يظهر هلاكه إلا بالتعدي، ويضمن ما يخفى هلاكه إلا أن تقوم بينة على عدم تعديه، وهو مذهب المالكية[4]، رحمهم الله.

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [العارية نوعان: نوع يظهر هلاكه، ولا يكاد يخفى؛ كالرباع، والحيوان؛ فهذا لا يضمن إلا بالتعدي، وضرب آخر يخفى هلاكه، ويغاب عليه، فهذا يضمن إذا لم يعلم إلا بقول المستعير، فإن علم بغير قوله ببينة تقوم على هلاكه من غير تعد كان من المستعير، ففيه روايتان: إحداهما: لا يضمن، وهو الصحيح، والأخرى: أنه يضمن، وهو قول أشهب][5] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يضمن المستعير مطلقاً) استدلوا بالنقل والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان: الأول حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (على اليد ما أخذت حتى تؤديه).[6]

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٢/٥.

(٢) الهداية للمرغيناني ٢٢٠/٣، العناية شرح الهداية للبابرتي ٨/٩.

(٣) الهداية للمرغيناني ٢٢٠/٣.

(٤) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١٢٠٩/٢، بداية المجتهد لابن رشد ٣٢٢/٥.

(٥) المعونة للقاضي عبدالوهاب ١٢٠٩/٢.

(٦) رواه الإمام أحمد في المسند ٨/٥، وأبو داود، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، سنن أبي داود ٢٩٦/٣، وفيه: (ثم إن الحسن نسي فقال: هو أمينك لا ضمان عليه) اهـ، والترمذي، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، وقال: هذا حديث حسن صحيح، سنن الترمذي ٤٦٦/٣، وابن ماجة، كتاب الصدقات، باب العارية، سنن ابن ماجة ٨٠٢/٢، والحاكم، كتاب البيوع، وقال : [هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه] اهـ المستدرك للحاكم ٤٧/٢، والبيهقي، كتاب العارية، باب العارية مضمونة، السنن الكبرى للبيهقي ٩٠/٦، وقال ابن التركماني رحمه الله : [لم يسمع الحسن من سمرة هذا الحديث.. وإذا لم يدل الحديث على الضمان فلم يخالفه الحسن في قوله : لا ضمان عليه، ولم ينسه أيضاً] اهـ الجوهر النقي لابن

وجه الدلالة :أن قوله صلى الله عليه وسلم: (على اليد ما أخذت) دال على الإلزام بالضمان ،فألزم عليه الصلاة والسلام كل من أخذ شيئاً بضمانه ،ورده ،دون تفريق بين التفريط ،وعدمه في حال تلفه ،والعارية داخلة في هذا العموم ،فيلزم ضمانها مطلقاً سواء تلفت بتفريط من المستعير، أو بغير تفريط .[1]

الثاني:حديث صفوان بن أمية رضي الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين ،فقال:أغصب يا محمد؟فقال صلى الله عليه وسلم:بل عارية مضمونة).[2]

وجه الدلالة :أنه عليه الصلاة والسلام وصف العارية بالضمان بياناً لحكمها عند جهل صفوان رضي الله عنه بهذا الحكم ،فدل هذا على أن ضمان العارية على المستعير دون تفريق بين حال وأخرى.[3]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:أن العارية عين تفرد المستعير باحتباسها لنفسه ،من غير استحقاق ،فوجب أن تكون من ضمانه؛كالقرض.

الوجه الثاني:أن العارية مضمونة الرد ،فوجب أن تكون مضمونة العين؛كالغصب.[4]

دليل القول الثاني: (لا يضمن المستعير) استدلوا بالنقل ،والعقل .

أما دليلهم من النقل:فحديث عمرو بن شعيب ،عن أبيه ،عن جده رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ليس على المستعير غير المُغِلّ[5] ضمان).[6]

التركماني٦/٩٠ ،وقال الحافظ ابن حجر رحمه الله: [والحسن مختلف في سماعه من سمرة] اهـ ،تلخيص الحبير لابن حجر٣/٦٠ ،وضعفه الشيخ الألباني رحمه الله في إرواء الغليل٥/٣٤٨.

(١)الحاوي الكبير للماوردي٧/١١٩.

(٢)تقدم تخريجه ص ٣٦٢.

(٣)الحاوي الكبير للماوردي٧/١١٩.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي٧/١١٩ ،المغني لابن قدامة٧/٣٤١.

(٥)إما من الإغلال وهو الخيانة ،أو من المستغل ،وأراد به القابض؛لأنه بالقبض يكون مستغلاً.النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٣/٣٨١.

(٦)رواه الدارقطني ،كتاب البيوع ،وقال:عمرو عبدالجبار ،وعبيدة بن حسان ضعيفان ،وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع ،سنن الدارقطني٣/٤١ ،والبيهقي ،كتاب العارية ،باب من قال: لا يغرم ،وجعله من قول شريح رحمه الله ،السنن الكبرى للبيهقي٦/٩١.

وجه الدلالة:أن النبي صلى الله عليه وسلم نفى الضمان عن المستعير الذي لم تكن منه خيانة، أو غلول.

أما دليلهم من العقل فقالوا:لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان، فلا يجب عليه الضمان، كالوديعة، والإجارة.[1]

دليل القول الثالث: (التفريق بين ما يظهر هلاكه بالتعدي وبين ما لا يظهر) استدلوا على تفريقهم ذلك بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل:فهو الجمع بين الأدلة المتقدمة من حديث صفوان رضي الله عنه، وعمرو بن شعيب رحمه الله، فحملوا حديث صفوان رضي الله عنه المتضمن الضمان على ما يخفى هلاكه، وحديث عمرو بن شعيب رحمه الله المتضمن عدم الضمان على مالا يخفى هلاكه.[2]

أما دليلهم من العقل فقالوا:أما ما يظهر هلاكه، ولا يكاد يخفى؛فلأنه قبضه لاستيفاء منفعة، فلم يضمن تلفه؛كالعبد المستأجر، والدار، أما ما لا يظهر هلاكه، وإنما يخفى فلأن أصله مأخوذ على الضمان، لا على الأمانة فلم ينتقل عن أصله.[3]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بتضمين المستعير مطلقاً؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدلوا به من النقل، العقل.

ثانياً:أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من النقل وهو حديث عمرو بن شعيب رحمه الله فيجاب عنه بعدم التسليم بصحة رفع الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإنما هو من قول شريح رحمه الله، وقد سبق بيان ذلك في تخريج الحديث .[4]

ثالثاً:أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بجوابين:

الأول:أن هذا قياس في مقابلة النص وهو حديث صفوان رضي الله عنه، فيكون هذا القياس فاسد الاعتبار.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٦/٢١٧.

(٢)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٢٠٩، بداية المجتهد لابن رشد ٥/٣٢٤.

(٣)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٢٠٩.

(٤)ينظر ص ٤٥٢.

الثاني:أننا نقلب هذا القياس فنقول:إن العارية لم يزل ملك صاحبها عنها ،فوجب أن تكون من ضمان من تعجل الانتفاع بها كالإجارة ،والوديعة.[1]

رابعاً:أما استدلال أصحاب القول الثالث بالجمع بين الحديثين فيجاب عنه بأن الجمع إنما يكون بين حديثين ثابتين،والواقع أن حديث عمر بن شعيب حديث ضعيف.

خامساً:أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأن هذا قياس في مقابلة النص وهو حديث صفوان رضي الله عنه،فيكون هذا القياس فاسد الاعتبار.

وبهذا يظهر أن ضمان العارية عند هلاكها يكون على المستعير،فكان هذا الضمان أحد الآثار الخاصة في العقود التي يقصد بها الرفق.

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي١١٩/٧.

المبحث الرابع

أثر لزوم العقد في عقد النكاح وفروعه

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول : أثر اللزوم في عقد النكاح.

المطلب الثاني : أثر اللزوم في فروع النكاح.

المطلب الأول

أثر لزوم العقد في عقد النكاح

يشتمل هذا المطلب على سبعة مقاصد :

المقصد الأول :المهر.

المقصد الثاني :النفقة.

المقصد الثالث :حل الاستمتاع.

المقصد الرابع :القوامة على الزوجة.

المقصد الخامس:ثبوت المحرمية.

المقصد السادس:التوارث.

المقصد السابع :القسم بين الزوجات.

المقصد الأول

المهر

المهر:الصداق وهو العوض الذي يبذله الزوج عند عقد النكاح، من أجل نكاح المرأة، (١) وقد دل على أحقية المرأة للمهر قول الله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحۡلَةً ﴾ [النساء:٤]، كما أن حديث بروع بنت واشق رضي الله عنها يدل على ذلك، فقد توفي عنها زوجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لها بمثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة.(٢) فقد دلت الآية الكريمة، والحديث الشريف على أن المهر حق واجب للمرأة بموجب عقد النكاح، ويجب للمرأة بالعقد، فإن دخل بها الزوج استقر ملكها له، وهكذا إذا مات أحدهما قبل الدخول.

يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[المهر في النكاح الصحيح يجب بالعقد؛لأنه إحداث الملك، والمهر يجب بمقابلة إحداث الملك ..](٣)اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي رحمه الله:[والأصل في هذا الباب، أن المرأة تملك الصداق بالعقد، والتسمية ملكاً غير مستقر، وإنما يستقر بالموت، أو الدخول ..](٤)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحاً ...؛لأنه عقد يملك المعوَّض فيه بالعقد، فملك العوض فيه بالعقد كالبيع ..](٥)اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله : [وتملك المرأة الصداق المسمى

---

(١)لسان العرب للفيومي٥/١٨٤، المطلع للبعلي٣٢٥.

(٢)رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات، سنن أبي داود٢/٢٣٧، و الترمذي، كتاب النكاح، باب في الرجل يتزوج المرأة فيموت قبل أن يفرض لها، وقال: (حديث حسن صحيح)ا. هـ سنن الترمذي٣/٤٥٠، والنسائي، كتاب النكاح، باب إباحة التزويج بغير صداق، سنن النسائي٦/١٢١، تلخيص الحبير لابن حجر٣/٢١٦، ونقل عن ابن حزم رحمه الله أنه قال: (لا مغمز فيه لصحة إسناده)اهـ.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٢/٢٨٧.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/٧٥٤.

(٥)المهذب للشيرازي ٢/٥٨.

بالعقد..][1]اهـ

فهذه النصوص تدل على أن الزوجة تملك الصداق المسمى بالعقد عليها، فإن رأت أن لا تسلم نفسها إلا بعد استلامها لصداقها فلها ذلك، فإن حقها في ذلك الصداق لا يتعين إلا بقبضها له، فإذا طالبت الزوجة بالصداق فإن على الزوج أن يقوم بتسليمه لها.

قال الإمام ابن المنذر رحمه الله: [أجمعوا أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها][2]اهـ

وقال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وإذا طالبت المرأة بالمهر يجب على الزوج تسليمه أولاً ..][3]اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله : [للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها قبل البناء ..] [4]اهـ

واستقرار ملك الزوجة للصداق كله بدخول زوجها عليها، أو موته، أمر متفق عليه فقد نقل إجماع أهل العلم رحمهم الله على ذلك القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله حيث يقول : [واتفق العلماء على أن الصداق يجب كله بالدخول، أو الموت، أما وجوبه كله بالدخول؛ فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُواْ مِنْهُ شَيْـًٔا ﴾ [النساء:٢٠]، وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلاً مسموعاً إلا انعقاد الإجماع على ذلك][5]اهـ

وقد ذكر العلماء رحمهم الله الدليل المسموع الدال على ثبوت المهر للمرأة بالموت وهو حديث بروع بنت واشق رضي الله عنها فقد توفي عنها زوجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لها بمثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة.[6]

---

(١)المقنع لابن قدامة٣/ ٨٣.

(٢)الإجماع لابن المنذر ٩١.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٢/٢٨٨.

(٤)الذخيرة للقرافي٤/ ٣٧٣.

(٥)بداية المجتهد لابن رشد ٤/ ٢٤٢.

(٦)تقدم تخريجه ص ٤٥٧.

فقد دل هذا الحديث الشريف على أن المهر يجب بوفاة الزوج، ولو لم يحصل الدخول، ما دام توفي، وهي في عصمته.

وعلى هذا فإن المرأة تملك الصداق بالعقد عليها، فإن حصل دخول، أو وفاة استقر ملكها للصداق كاملاً، لكن إذا حصل طلاق قبل الدخول بها، فإن لها نصف ذلك الصداق، وهذا باتفاق أهل العلم رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله: [واتفقوا اتفاقا مجملاً أنه إذا طلق قبل الدخول، وقد فرض صداقاً، أنه يرجع عليها بنصف الصداق؛ لقوله تعالى: ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾ [البقرة:٢٣٧]][1] اهـ

فحصل من هذا أن من آثار لزوم العقد في النكاح ملك الزوجة للمهر بموجب العقد، فإن دخل بها، أو توفي عنها استقرت ملكيتها للصداق كاملاً، وإن طلقها قبل دخوله بها أخذت نصفه، ولو كان عقد النكاح غير لازم؛ لما استقر ملكها على نصف المهر قبل الدخول.

---

(١) بداية المجتهد رشد ٢٤٣/٤.

المقصد الثاني

النفقة [١]

لما كانت المرأة تحت قوامة الرجل، فلا تخرج بغير إذنه، فللرجل حبسها في بيته، ومنعها من الخروج، والتبرج، وإذا كانت المرأة محبوسة على خدمة بيتها، كان من الطبعي أن يلزم الرجل بالنفقة عليها، والكسوة لها.

ووجوب هذه النفقة على الزوج قد دل عليه الكتاب، والسنة، والعقل.

أما الكتاب فقد وردت آيات كثيرة في وجوب النفقة على الزوجات، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ [الطلاق:٦]، فقد أمر سبحانه بأن يسكن الرجال نساءهم، وهذا الأمر بالإسكان يقتضي الإنفاق؛ذلك أنها لا تتمكن من الخروج للكسب؛لكونها عاجزة بأصل الخلقة، لضعف بنيتها، ولاحتياجها لإذن زوجها وقال سبحانه : ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ﴾ [الطلاق:٧] ،فهذه الآية الكريمة نصت على وجوب النفقة على الزوج لزوجته، وبينت أن هذه النفقة بقدر سعته، وطاقته، لا يكلف الله نفساً إلا وسعها.[٢]

وأما السنة فحديث عائشة رضي الله عنها أن هند رضي الله عنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم: إن أبا سفيان رجل شحيح فهل عليَّ جناح أن آخذ من ماله سراً ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (خذي أنتِ وبنوك ما يكفيك بالمعروف)،[٣] فقد أجاز عليه الصلاة والسلام للزوجة أن تأخذ من مال زوجها إذا قصر في نفقتها، وأن هذا الأخذ يجوز أن يكون بدون علم الزوج، فدل على ثبوت استحقاقها للنفقة على الزوج.

---

(١)النفقة هي الدراهم، ونحوها من الأموال، سميت بذلك إما لشبهها بذهابها بالموت، وإما لرواجها، من نفق السوق. المطلع للبعلي٣٥٢.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٢/٣٣٢.

(٣)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب من أجرى أمر الأمصار على مايتعارفون بينهم في البيوع والإجارة .. ٣٦/٣، صحيح مسلم ،كتاب الأقضية، باب قضية هند ١٢٩/٥.

وأما العقل فقالوا : إن الزوجية عقد على منافع، والنفقة في مقابل استدامة تلك المنافع، ولأن النفقة جزاء الاحتباس، حيث تكون المرأة رهن بيت زوجها، لخدمة الزوج وأولاده، والقيام بحقوقه.(١)

فإذا تم عقد النكاح، وحصل تمكين الزوج من زوجته فإن النفقة تجب عليه، أما إذا لم يُمَكَّن الزوج من زوجته، فإنه لا نفقة لها عليه؛ لأن النفقة في مقابل الاستمتاع، والمنفعة، كما قال تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة:٢٢٨]، وهذا الأثر المترتب على لزوم عقد النكاح، قد اتفق أهل العلم رحمهم الله عليه فقد نقل الإجماع الإمام ابن المنذر رحمه الله فقال: [أجمعوا على أن الرجل إذا تزوج المرأة فلم يدخل بها فإن كان الحبس من قبلها، فلا ينفق عليها وإن كان من قبله فعليه النفقة](٢) اهـ

وعلى هذا فإن ترتب هذا الأثر على عقد النكاح موقوف على تمكين أهل الزوجة للزوج من الدخول على زوجته بإجماع أهل العلم رحمهم الله، يؤيد هذا ما ورد في كتب الفقهاء رحمهم الله من النص على وقوف هذا الحق على التمكين، ويشهد لذلك ما يلي:

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله : [والنفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت، أو كافرة إذا أسلمت نفسها إلى منزله، فعليه نفقتها، وكسوتها، وسكناها..](٣) اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله : [والنفقة واجبة بالعقد، والتمكين من الاستمتاع..](٤) اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله : [وإذا سلمت المرأة نفسها إلى زوجها، وتمكن من الاستمتاع بها، ونقلها إلى حيث يريد، وهما من أهل الاستمتاع في نكاح صحيح، وجبت نفقتها ..](٥) اهـ

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢//٧٨٢، الهداية للمرغيناني٢/٣٩.

(٢) الإجماع لابن المنذر ٩٧.

(٣) الهداية للمرغيناني٢/٣٩، بدائع الصنائع للكاساني٢/٣٣٢، الاختيار للموصلي ٤/٥.

(٤) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٧٨٢، ينظر عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٢٩٧، الذخيرة للقرافي٤/٤٦٥.

(٥) المهذب للشيرازي ٢/١٦٠، ينظر مغني المحتاج للشربيني٣/٥٥٤.

وقال الإمام أبو القاسم عمر الخرقي الحنبلي رحمه الله : [وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ ، فلم تمنعه نفسها ، ولا منعه أولياؤها لزمته النفقة][١] اهـ

ومما يؤكد أن النفقة من آثار لزوم العقد ما ذهب إليه الجمهور من أهل العلم[٢] رحمهم الله من أن الزوج إذا أعسر بالنفقة، فإن للزوجة أن تطلب الفراق، فيفرق بينهما.

فظهر أن النفقة على الزوجة من آثار لزوم عقد النكاح، إذا مُكّن الزوج من استمتاعه بزوجته، أما إذا لم يتمكن بسبب من الزوجة، أو أوليائها، فإنه لا تلزمه النفقة.

---

(١) مختصر الخرقي ١٠٣، ينظر التوضيح للشويكي ٣/١١٢٧، ١١٢٩.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٤/٣٠٥، منهاج الطالبين للنووي ٣/٥٦٣، مختصر الخرقي ١٠٣.

المقصد الثالث

حل الاستمتاع [(١)]

للزوج بموجب عقد النكاح أن يستمتع بزوجته، ويقضي وطره وفق الضوابط الشرعية، وقد دل على ذلك الكتاب، والسنة، والعقل.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَٰفِظُونَ ۝٢٩ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ فَإِنَّهُمۡ غَيۡرُ مَلُومِينَ ۝٣٠ ﴾ [المعارج: ٢٩-٣٠]، فقد نفى سبحانه وتعالى اللوم عمن استمتع بزوجته، فدل على حل الوطء، واستمتاع كل منهما بالآخر.[(٢)]

وأما السنة: فقوله صلى الله عليه وسلم: (اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوان لا يملكن شيئا، أخذتموهن بأمانة الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله).[(٣)] فقد بين عليه الصلاة والسلام حل الاستمتاع بالنساء بموجب عقد النكاح، فإذا وجد العقد فإن الاستمتاع يكون حلالا.

وأما العقل فإن النكاح هو الضم، والتزويج، فيقتضي في النكاح الشرعي الانضمام والازدواج، ولا يتحقق إلا بحل الوطء، والاستمتاع.[(٤)]

وقد صرح كثير من أهل العلم رحمهم الله بهذا الأثر للنكاح يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [ومنها ملك المتعة، وهو اختصاص الزوج بمنافع بضعها، وسائر أعضائها استمتاعا، أو ملك الذات والنفس في حق التمتع ..] [(٥)] اهـ بل جعل رحمه الله حل

---

(١) الاستمتاع: استفعال من الفعل متع، وقد ذكر الله المتاع، والتمتع، والاستمتاع في مواضع من كتابه، ومعانيها وإن اختلفت راجعة إلى أصل واحد، وهو كل شيء ينتفع به، ويتبلغ به، ويتزود. لسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٨.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣١/٢.

(٣) تقدم تخريجه ص١٤٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٣٣١/٢.

(٥) المصدر السابق.

الوطء للزوجة من أحكام النكاح الأصلية فقال : [أما الأصلية منها فحل الوطء .. ،ومنها حل النظر، والمس، وملك المتعة ..][١]اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [عقد النكاح، يبيح كل استمتاع إلا الوطء في الدبر ..][٢]اهـ

وقال الإمام أبو حامد الغزالي[٣] الشافعي رحمه الله: [ويحل له كل استمتاع إلا الإتيان في الدبر ..][٤]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض، من غير إضرار بها][٥]اهـ

فحل الاستمتاع أثر مقصود من النكاح، وهو من آثار لزومه، ولذا رتب الشرع على عدم امتثال المرأة لذلك الوعيد الشديد، وما ذاك إلا لعظم هذا الحق، فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فلم تأته، فبات غضبان عليها، لعنتها الملائكة حتى تصبح)[٦] فليس للمرأة أن تمتنع من القيام بهذا الحق، وإلا حلت عليها لعنة الملائكة، كما أن الزوج ليس له أن يماطل في هذا الحق لزوجته، فليس له أن يمتنع عن الوطء أكثر من أربعة أشهر، فبعد هذه المدة إما أن يطأ زوجته، وإما أن يطلقها، كما قال تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [البقرة:٢٢٦] فكان هذا الأثر لكل من الزوجين، فإذا امتنع عنه أحدهما، فلم يقم به، ترتبت عليه اللعنة للزوجة، ووجوب الطلاق على الزوج.

---

(١) المصدر السابق ٣٣١/٢.

(٢) الذخيرة للقرافي ٤١٦/٤.

(٣) هو الإمام أبو حامد زين الدين محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الغزالي، ولد سنة ٤٥٠هـ، تفقه بطوس، ثم تحول إلى نيسابور، كان من أذكياء العالم في كل ما يتكلم فيه، ساد في شبيبته حتى درّس في النظامية، وله أربع وثلاثون سنة، توفي رحمه الله سنة ٥٠٥هـ ،ودفن بطوس (البداية والنهاية لابن كثير ١٧٣/١٢، سير أعلام النبلاء للذهبي ٣٢٢/١٩)

(٤) الوجيز للغزالي ٢١/٢، مغني المحتاج للشربيني ١٧٤/٣.

(٥) المقنع لابن قدامة ١٠٢/٣، المغني لابن قدامة ٤٩٦/٩.

(٦) رواه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم امتناعها عن فراش زوجها، صحيح مسلم ١٥٧/٤.

المقصد الرابع

القوامة[1] على الزوجة

للرجل على زوجته حق القوامة، وهو يقتضي إمساك الزوج لزوجته في بيته، ومنعها من الخروج إلا بإذنه، وأن الزوجة تكون تحت طاعة زوجها، فتقبل أمره، ولا تعصيه؛ وذلك امتثالاً لقول المولى سبحانه وتعالى: ﴿ ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ ﴾ [النساء:٣٤] فقوله تعالى (قوامون) جمع قوَّام، وهي صيغة مبالغة من القيام على الشيء، والاستبداد بالنظر فيه، وحفظه بالاجتهاد، ويكون ذلك بقيام الرجل بتدبير المرأة، وتأديبها، وإمساكها في بيتها، ومنعها من البروز،[2] فالرجل هو رئيس المرأة وكبيرها، والحاكم عليها، ومؤدبها إذا اعوجت،[3] يقول حبر هذه الأمة عبد الله بن عباس رضي الله عنهما : (الرجال أمراء على النساء)،[4] وأما طاعة المرأة لزوجها فإن الذي يدل عليه ما ورد في آخر الآية السابقة وهي : ﴿ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ﴾ [النساء:٣٤]، فقنوت المرأة :هو الطاعة لزوجها قاله غير واحد.[5]

يقول الإمام أبو عبد الله القرطبي:[هذا كله خبر، و مقصوده الأمر بطاعة الزوج، والقيام بحقه في ماله، وفي نفسها في حال غيبة الزوج][6] اهـ

وقد جعل المولى سبحانه للأزواج حق القيام بتأديب الزوجات حال النشوز، والعصيان فقال تعالى: ﴿ وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ﴾ [النساء:٣٤]، فالزوج الذي يخاف عصيان امرأته له، وتعاليها عليه عما أوجب الله عليها من طاعة زوجها، أمره الله بوعظ زوجته، وهجرها، فإن لم ينفع ذلك

---

(١) القوامة مأخوذة من القيام، وهو هنا بمعنى المحافظة والإصلاح .لسان العرب لابن منظور١٢/٤٩٧.

(٢) المحرر الوجيز لابن عطية٤/٤٠، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي٥/١٦٩، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٢٥٦.

(٣) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٢٥٦.

(٤) المحرر الوجيز لابن عطية٤/٤١، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٢٥٦.

(٥) تفسير القرآن العظيم لابن كثير٢/٢٥٦.

(٦) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي٥/١٧٠.

معها كان له أن يضربها؛حتى تطيعه، وتسمع أمره،وهذا من أكبر ما يدل على حق القوامة للرجل على المرأة.[١]

وقد أكدت السنة حق الزوج في القوامة على زوجته، حيث جعلت الإذن بخروج المرأة من بيتها موقوفاً على الزوج، حتى في حال خروجها لشهود الصلاة مع الجماعة، ففي حديث عبدالله بن عمر رضي الله عنهما مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إذا استأذنت أحدكم امرأته إلى المسجد فلا يمنعها).[٢]

وقد تحدث الفقهاء رحمهم الله عن حق الرجل في القوامة، التي تشمل ملك الحبس في البيت، ووجوب الطاعة، وحقه في تأديب زوجته إذا هي عصته.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في ذكره لحكم النكاح : [ومنها ملك الحبس، والقيد؛وهو صيرورتها ممنوعة من الخروج، والبروز ..][٣]اهـ

وقال أيضا :[ومنها وجوب طاعة الزوج على زوجته، إذا دعاها للفراش .. ،ومنها ولاية التأديب للزوج إذا لم تطعه فيما يلزم طاعته ..] [٤]اهـ

وقال الإمام أبو عمر ابن عبد البر المالكي رحمه الله:[والمرأة راعية على بيت زوجها، وذات يده، فعليها أن تحفظه في نفسها، وماله، ولا تخرج؛إلا بإذنه .. ،وعليها أن لا تخالفه في مغيبه إلى أمر تعلم أنه يسؤه في محضره .. ،وإن امتنعت من مضجعه، ولم يقدر على صرفها بكلامه كان له ضربها ضرباً غير مبرح ..][٥]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله :[النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة، كالطاعة، وملازمة المسكن ..][٦]اهـ

وقال رحمه الله في بيان بما تصير به المرأة ناشزاً :[فمنه الخروج من المسكن، والامتناع

---

(١)المحرر الوجيز لابن عطية٤/٤١، تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٢/٢٥٦.

(٢)متفق عليه، واللفظ لمسلم، صحيح البخاري، كتاب الجمعة، باب هل على من لم يشهد الجمعة غسل من النساء..، ١/٢١٦، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب خروج النساء إلى المساجد.. ٢/٣٢.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٢/٣٣١.

(٤)المصدر السابق ٢/٣٣٤.

(٥)الكافي لابن عبد البر٢/٥٦٣.

(٦)روضة الطالبين للنووي٧/٣٤٤.

من مساكنته، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب..][1]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وله منعها من الخروج عن منزله، فإن مرض بعض محارمها، أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه ..][2]اهـ

وقال رحمه الله في بيان حقيقة النشوز:[وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها، وإذا ظهر منها أمارات النشوز بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع بها .. ، وعظها، فإن أصرَّت هجرها في المضجع ما شاء .. ، فإن أصرَّت فله أن يضربها ضرباً غير مبرح ..][3]اهـ

فمن خلال هذه النصوص يتبين لنا أن من آثار اللزوم في عقد النكاح أن للزوج حق القوامة على زوجته، والقوامة تشمل طاعة الزوج في المعروف، والقيام بحقه، كما تشمل حق تأديبه لزوجته، إذا هي لم تطع أمره، وبدا منها علامات النشوز، فتصبح طاعة المرأة لزوجها، ولزومها لبيته، وقيامها بحقوقه لازمة عليها كأثر من آثار عقد نكاحها.

---

(١)المصدر السابق ٣٦٩/٧.

(٢)المقنع لابن قدامة٣/١٠٦.

(٣)المصدر السابق ١١١/٣ ، ينظر الحاوي الكبير للماوردي٩/٥٨٤ ، التوضيح للشويكي٣/١٠٠٩.

المقصد الخامس

ثبوت المحرمية[١]

ليس كل امرأة يجوز للرجل أن يتزوجها، بل هناك من النساء من تحرم على الرجل أن ينكحها، وللتحريم أسباب تعتبر أثراً من آثار لزوم عقد النكاح، ويظهر ذلك في ثبوت المحرمية بالمصاهرة، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله تعالى المحرمات من جهتها، وهن سبع، وقد دلت الأدلة من الكتاب أو السنة على تحريمهن، إلا أنهن ينقسم حكمهن في التحريم إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : من يحرمن بالعقد تحريم تأبيد : وهن ثلاث :

الأولى:أم الزوجة :تحرم أم الزوجة إذا عقد الرجل على بنتها سواء دخل بها أم لا، فتحرم أمها عليه تحريماً مؤبداً، وهكذا أم الأم، ومن علا من جداتها، وهذا هو قول الجمهور من أهل العلم.[٢] لقول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء:٢٣]،والمعقود عليها من نسائه فتدخل أمها في عموم الآية.[٣]

وحكي عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه : أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول على ابنتها، قياساً على أن البنت لا تحرم إلا بالدخول على أمها.[٤]

والصحيح ما ذهب إليه الجماهير رحمهم الله؛لأن الآية الكريمة نصت على التحريم بمجرد العقد في قوله سبحانه : ﴿ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ ﴾ [النساء:٢٣]،والمرأة تكون من نساء الرجل بمجرد العقد، ولا يشترط الدخول لوصفها بذلك، فلما أطلق القرآن التحريم على هذا الوجه اقتضى ثبوت المحرمية به دون حاجة إلى قيد، أو شرط الدخول.

الثانية:زوجة الأب : فتحرم زوجة الأب على الابن بعقد الأب عليها تحريماً مؤبداً سواء دخل بها أم لا، وهكذا كل جد له سواء كان من أبيه أو من أمه قرب أو بعد، لقول الله

---

(١)هي مأخوذة من حرم، والمَحْرَم:ذات الرحم في القرابة، أي لا يحل تزويجها، تقول:هو ذو رحم مَحْرَم، وهي ذات رحم مَحْرَم . لسان العرب لابن منظور١٢/١٢٣.

(٢)الاختيار للموصلي ٨٥/٣، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٨١٤/٢، المهذب للشيرازي ٤٣/٢، المقنع لابن قدامة٣٢/٣.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٨١٤/٢، المغني لابن قدامة٥١٥/٩.

(٤)المصدرين السابقين.

تعالى :﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ [النساء:٢٢]،فبينت الآية الكريمة تحريم منكوحة الأب مطلقاً،والمرأة يصدق عليها منكوحة بمجرد العقد عليها،فلا يشترط الدخول بها لثبوت وصف النكاح.

وقد بين الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله أن تحريم هذه المرأة مجمع عليه حيث قال: [وليس في هذا بين أهل العلم خلاف علمناه][(١)]اهـ

الثالثة:زوجة الابن : فتحرم على الأب،بمجرد عقد الابن عليها،سواء دخل عليها أم لا،تحريماً مؤبداً؛لقوله تعالى: ﴿ وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ﴾ [النساء:٢٣]، والمرأة تكون حليلة بمجرد العقد،ولا يشترط الدخول بها،فصارت محرمة على والد زوجها بمجرد عقد ابنه عليها سواء دخل،أو لم يدخل بها،وهذا الحكم مجمع عليه،يقول الإمام ابن المنذر رحمه الله : [وأجمعوا على أن الرجل إذا تزوج المرأة حرمت على أبيه وابنه دخل بها أم لم يدخل ..] [(٢)]اهـ

فيحرم على الرجل أزواج أبنائه،وأبناء بناته،من نسب أو رضاع،قريباً كان أو بعيداً بمجرد العقد كما سبق.[(٣)]

القسم الثاني:من يحرمن بالعقد تحريم جمع،وهن ثلاث نساء :

الأولى :أخت الزوجة:فإذا عقد على امرأة حرم عليه نكاح أختها سواء كانت أختاً شقيقة،أو للأب،أو للأم،فإذا فارق أختها وخرجت من عدتها حلت له تلك المحرمة لزوال سبب التحريم،وهو الجمع ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ إِلَّا مَا قَدۡ سَلَفَ ﴾ [النساء:٢٣]،وقال ابن المنذر : [وأجمعوا أن عقد نكاح الأختين في عقد واحد لا يجوز] [(٤)]اهـ

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله : [أما الجمع بين الأختين،فحرام بنص الكتاب،وإجماع الأمة][(٥)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بعد ذكره لتحريم الجمع بين الأختين :[وليس

(١)المغني لابن قدامة٩/٥١٨.

(٢)الإجماع لابن المنذر ٩٣،المغني لابن قدامة٩/٥١٨.

(٣)المغني لابن قدامة٩/٥١٨.

(٤)الإجماع لابن المنذر ٩٤.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي٩/٢٠١.

في هذا بحمد الله اختلاف][1]اهـ

الثانية:عمة المرأة:فإذا عقد على امرأة حرمت عليه عمتها،وكذلك عمة أبيها،وجدها،و عمة أمها،وجدتها.

الثالثة:خالة المرأة:فإذا عقد على امرأة حرمت عليه خالتها وكذلك خالة أبيها،وجدها،وخالة أمها،وجدتها.

وتحريم الجمع بين المرأة وعمتها،أو خالتها ثابت بالسنة والإجماع.

أما السنة فحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا يجمع بين المرأة وعمتها،ولا بين المرأة وخالتها).[2]

وأما الإجماع فقد قال الإمام ابن المنذر رحمه الله : [وأجمعوا على أن لا تنكح المرأة على عمتها،ولا على خالتها][3]اهـ

القسم الثالث:من تحرم بالعقد تحريم جمع،وبالدخول تحريم تأبيد : وهي بنت الزوجة،فإذا عقد على امرأة حرمت ابنتها تحريم جمع،فإذا دخل بالأم حرمت عليه ابنتها تحريم تأبيد،وكذلك بنت بنتها،وبنت ابنها،سواء كانت في حجره أم لم تكن،وهو قول عامة الفقهاء.[4]

وروي عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب،وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما،أنهما اشترطا أن تكون بنت زوجته في حجره،حتى تحرم عليه فإن لم تكن فلا تحرم؛لقول الله سبحانه تعالى : ﴿ وَرَبَـٰٓئِبُكُمُ ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ [النساء:٢٣]،وهو قول الظاهرية رحمهم الله[5]،قال الإمام ابن المنذر رحمه الله : [وقد أجمع كل من ذكرناه ومن لم نذكره من علماء الأمصار على خلاف هذا القول][6]اهـ

---

(١)المغني لابن قدامة٩/٥١٩.

(٢)تقدم تخريجه ص ١٢١.

(٣)الإجماع لابن المنذر ٩٥،المغني لابن قدامة٩/٥٢٢.

(٤)الإشراف لابن المنذر ١/٧٧،الاختيار للموصلي ٣/٨٥،المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/٨١٥،الحاوي الكبير للماوردي٩/٢٠١،المغني لابن قدامة٩/٥١٦.

(٥)المحلى لابن حزم١١/١٥٥.

(٦)الإشراف لابن المنذر ١/٧٨.

ومستند الجمهور السنة والعقل.

أما السنة فحديث أم حبيبة رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا تعرضن عليَّ بناتكن،ولا أخوا تكن).[١]

ووجه الدلالة :عموم نهيه صلى الله عليه وسلم نساءه أن يعرضن عليه بناتهن،ولم يقل اللاتي في حجري،بل سوى بينهن في التحريم.[٢]

وأما العقل،فقالوا :إن التربية لا تأثير لها في التحريم كسائر المحرمات.

وقد أجابوا عن الآية:بأنها لم تخرج مخرج الشرط،وإنما وصفها بذلك تعريفاً لها بغالب حالها،وما خرج مخرج الغالب لا يصح التمسك بمفهومه.[٣]

وبهذا يظهر تأثير عقد النكاح في تحريم بعض النساء وهن السبع المذكورات،فيحرم منهن بمجرد العقد ست،وبالعقد والدخول واحدة.

---

(١)رواه البخاري معلقاً في كتاب النكاح،باب الثيبات،صحيح البخاري ١١٩/٦،ورواه مسنداً في كتاب النفقات باب المراضع من المواليات وغيرهن،صحيح البخاري ١٩٥/٦.

(٢)الإشراف لابن المنذر ٧٨/١،المغني لابن قدامة ٥١٦/٩.

(٣)المغني لابن قدامة ١٦/٩،المعونة للقاضي عبد الوهاب ٨١٥/٢.

المقصد السادس

التوارث [١]

يعتبر الإرث من الآثار المترتبة على لزوم عقد النكاح، إذا توفي أحدهما بعد العقد، وإن لم يحصل دخول، ولذلك أعتبر النكاح من أسباب الإرث في الشريعة الإسلامية.

وقد دل على هذا الأثر لعقد النكاح دليل الكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى في آية المواريث: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ ﴾ [النساء:١٢] وقوله سبحانه: ﴿ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ ﴾ [النساء:١٢]

وأما السنة: فحديث بروع بنت واشق رضي الله عنها، فقد توفي عنها زوجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لها بمثل صداق نسائها، ولها الميراث، وعليها العدة.[٢]

فقد جعل لها الرسول صلى الله عليه وسلم الميراث من زوجها الذي توفي عنها، ولم يدخل بها.

وأما الإجماع فقد نقل الإمام ابن المنذر رحمه الله إجماع أهل العلم رحمهم الله على التوارث بين الزوجين، و بين الحالات الأربع وهي ميراث الزوج لنصف مال زوجته إذا لم يكن لها ولد، وميراثه لربع مال زوجته إذا كان لها ولد، وميراث الزوجة لربع مال زوجها إن لم يكن له ولد، وميراثها لثمن مال زوجها إن كان له ولد.[٣]

وقد نص أهل العلم رحمهم الله على هذا الأثر، وفي ذلك يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في بيان الأحكام المترتبة على النكاح: [ومنها الإرث من الجانبين ..][٤] اهـ

---

(١) مأخوذ من ورث، يرث، وراثة، وميراثاً، إذا مات مورثك، فصار ماله لك، والتراث ما يخلفه الميت لورثته. لسان العرب لابن منظور ٢/٢٠١، المطلع للبعلي ٢٩٩.

(٢) ينظر ص ٤٥٧.

(٣) الإجماع لابن المنذر ٨١.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٣٢، ينظر الاختيار للموصلي ٥/٨٦.

وقال القاضي عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي رحمه الله : [وإنما أوجبنا التوارث، وإن حصل موت قبل الفرض، لأن النكاح صحيح، والتوارث واجب في العقد الصحيح][1] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله : [وأسباب الإرث أربعة قرابة ونكاح..][2] اهـ وقال الشيخ محمد الشربيني معلقاً على قوله (ونكاح) : [صحيح، ولو بلا وطء فيرث به كل من الزوجين الآخر في فرض فقط][3] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله : [وأسباب التوارث ثلاثة : رحم، ونكاح، وولاء][4] اهـ

وميراث كل من الزوجين للآخر بموجب العقد وإن لم يحصل دخول هو من أقوى الأدلة التي تدل على لزوم عقد النكاح بمجرد التلفظ به، فالتوارث أحد الآثار التي تترتب على لزوم عقد النكاح، وهو أثر يشترك فيه كل من الطرفين، فكل منهما يرث صاحبه إذا توفي، وعقد الزوجية قائم بينهما.

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٧٦٤.

(٢) منهاج الطالبين للنووي ٣/٦.

(٣) مغني المحتاج للشربيني ٣/٦.

(٤) المقنع لابن قدامة ٢/٣٩٩، التوضيح للشويكي ٢/٨٨١.

المقصد السابع

القسم[1] بين الزوجات

إذا كان للرجل أكثر من امرأة، فإنه يجب عليه أن يقسم بينهن بالعدل في المبيت، والنفقة، والكسوة، وهذا القسم إنما يكون بعد تمكين الرجل من زوجته، أما قبل ذلك فإنه لا قسم لها، ووجوب القسم بين الزوجات متفق عليه بين أهل العلم رحمهم الله، ونقل الإجماع على ذلك القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد رحمه الله بقوله: [وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم ..] [2] اهـ

ومستند إجماع أهل العلم رحمهم الله على وجوب العدل في القسم بين الزوجات الكتاب والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [النساء:١٩]

ووجه الدلالة: أن المولى سبحانه أمر بمعاشرة النساء بالمعروف، ومن المعروف العدل بين الزوجات، والمساواة بينهن.

وأما السنة: فقد دلت بقوله، وفعله عليه الصلاة والسلام، أما قوله فما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (إذا كان عند الرجل امرأتان، فلم يعدل بينهما، جاء يوم القيامة وشقه ساقط).[3]

وأما فعله صلى الله عليه وسلم فحديث عائشة رضي الله عنها قالت: (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ..).[4]

---

(١) القَسْم: مصدر قسم الشيء، يقْسِمه، قسْماً، فانقسم، والقِسم نصيب الإنسان من الشيء، فالرجل يعطي كل زوجة من زوجاته نصيبها من النفقة، والمبيت، وغير ذلك. لسان العرب لابن منظور ١٢/٤٧٨.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٤/٣١٢، ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٣٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/١٢٩، المهذب للشيرازي ٢/٦٨، التوضيح للشويكي ٣/١٠١٠.

(٣) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، سنن أبي داود ٢/٢٤٢، والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، سنن الترمذي ٣/٤٤٧، والنسائي في كتاب عشرة النساء، باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض، سنن النسائي ٧/٦٤، وابن ماجة، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء، سنن ابن ماجة ١/٦٣٣.

(٤) رواه أبو داود، كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، سنن أبي داود ٢/٢٤٢، والترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، سنن الترمذي ٣/٤٤٦، والنسائي، كتاب عشرة النساء، باب

وقد نص أهل العلم رحمهم الله على وجوب القسم بينهن، وذكروا كثيراً من أحكام القسم، فقلما تجد كتاباً، إلا وفصَّل في أحكام عشرة النساء بما فيها القسم بينهن، وهذه بعض نصوصهم الدالة على أن العدل بين النساء واجب على من كان تحت يده أكثر من امرأة :

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله : [وإذا كان للرجل امرأتان حرتان، فعليه أن يعدل بينهما في القسم ..] [(١)] اهـ

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله :[ويجب العدل بين الزوجات إجماعاً..][(٢)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله : [ومن بات عند بعض نسوته لزمه عند من بقي ..][(٣)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمهم الله:[وعلى الرجل أن يساوى بين نسائه في القسم..][(٤)] اهـ

إذًا من حق المرأة على زوجها أن يعدل، بأن يقسم لها مثل ما يقسم لزوجاته الأخريات، ويعتبر هذا الحق أثراً من الآثار المترتبة على لزوم عقد النكاح، وليس المراد بالقسم الوطء فقط، بل هو المبيت؛ ولذا يجب للمرأة، ولو كانت لا توطأ كالنفساء، والحائض، والمريضة.[(٥)]

فلذا يجب على المسلم الذي عنده أكثر من زوجة، أن يعدل بين نسائه، امتثالاً لأمر الله تعالى، ورسوله صلى الله عليه وسلم، واقتداءً به عليه الصلاة والسلام.

ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض سنن النسائي ٦٣/٧، وابن ماجة، كتاب النكاح، باب القسمة بين النساء ،سنن ابن ماجة ٦٣٣/١.

(١)الهداية للمرغيناني٢٢٢/١، ينظر الاختيار للموصلي١١٦/٣.

(٢)الذخيرة للقرافي٤٥٤/٤، حاشية الدسوقي٣٣٩/٢.

(٣)منهاج الطالبين للنووي ٣٢٠/٣.

(٤)المقنع لابن قدامة١٠٨/٣، كشاف القناع للبهوتي١٩٨/٥.

(٥)المهذب للشيرازي ٦٨/٢.

المطلب الثاني

أثر لزوم العقد في فروع النكاح

يشتمل هذا المطلب على أربعة مقاصد:

المقصد الأول: وقوع الفرقة البائنة بين الزوجين.

المقصد الثاني: التسليم للعوض.

المقصد الثالث: انتقال ملكية العوض.

المقصد الرابع: شغل الذمة بالدين.

المقصد الأول

وقوع الفرقة البائنة بين الزوجين

من الآثار التي تتبني على لزوم عقدي الخلع والطلاق بعوض وقوع الفرقة بين الزوجين، حيث ينحل عقد الزوجية بينهما فتعود الزوجة محرمة على زوجها، وينفسخ العقد، وهذه الفرقة تكون بائنة، فلا يحق للزوج أن يراجع زوجته، وإذا تراضيا على الزواج فإنه يكون بعقد، ومهر جديدين، فالمرأة حينما تبذل العوض فإنها تقصد إزالة الضرر عنها، فلو قيل بأحقية الزوج في مراجعة تلك المرأة لكان فيه تبقية للضرر، وحينئذ يكون الزوج قد جمع بين العوض، والمعوض عنه، فالعوض ما دفعته له الزوجة، والمعوض عنه بقاء الزوجية. (١)

وقد دلت السنة على حصول الفرقة بالخلع كما في حديث ابن عباس رضي الله عنهما قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله ما انقم على ثابت في دين، ولا خلق إلا أني أخاف الكفر، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فتردين عليه حديقته ؟ قالت:نعم ، فردت عليه، وأمره ففارقها . (٢)

فأمر النبي صلى الله عليه وسلم ثابتا أن يفارق زوجته، حينما استعدت برد ما أصدقها، فدل هذا على أن الخلع تحصل به الفرقة بين الزوجين.

وقد بين أهل العلم رحمهم الله هذا الأثر، حيث يقول الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله في بيان وقوع الفرقة بالخلع : [فإذا فعلا لزمها المال، ووقعت تطليقة بائنة](٣)اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله : [ولا رجعة في الخلع](٤)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[فإذا خالع امرأته.. ،ولا يملك رجعتها في العدة](٥)اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والخلع طلاق بائن..](٦)اهـ

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٨٧١/٢.

(٢)تقدم تخريجه ص ٢٤٤.

(٣)الاختيار للموصلي ١٥٦/٣.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٨٧١/٢.

(٥)المهذب للشيرازي٧٥/٢.

(٦)المقنع لابن قدامة١١٧/٣.

وهكذا الطلاق بعوض فإن الفرقة تكون فيه بائنة، وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله أن الفرقة المترتبة على الطلاق بعوض تكون طلقة بائنة، وهذه بعض عباراتهم:

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وكذلك إذا كان مقروناً بعوض وهو الخلع ببدل، والطلاق على مال.. ، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول، وهو مالها، فتملك هي العوض الآخر، وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك إلا بالبائن] اهـ [(١)]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في الركن الثالث من أركان الرجعة وهو المحل: [وهي المعتدة بعد الدخول.. ، ابتدأ إيقاعه مجرداً عن العوض] اهـ [(٢)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [إذا طلقها على عوض، أو خالعها، فلا رجعة له] اهـ [(٣)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وإن قالت له: اخلعني بألف، أو على ألف، أو طلقني بألف، أو على ألف ففعل بانت، واستحق الألف] اهـ [(٤)]

فتبين مما تقدم أن الفرقة البائنة تقع بين الزوجين بالخلع، والطلاق بعوض، وأنها تعتبر أثراً من الآثار المترتبة على لزوم العقد فيهما.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٠٩.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٢١٠.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٧/٣٩٧.

(٤) المقنع لابن قدامة ٣/١٢٤

المقصد الثاني

التسليم للعوض

لما كان كل من الخلع والطلاق بعوض لا يتم إلا بعوض يقدم من الزوجة مقابل فراق الزوج لها فإن الزوجة تكون ملزمة بتسليم ما تم العقد عليه من عوض لزوجها الذي خالعها، أو طلقها؛ لأن هذا العوض مقصود للزوج مقابل فراقه لزوجته، ولهذا نص أهل العلم رحمهم الله على العوض في تعريفهم للخلع فمن ذلك ما قاله الإمام عبد الله الموصلي الحنفي: [هو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها][1] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [هو عبارة عن خلع العصمة بعوض من الزوجة، أو من غيرها][2] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [هو فرقة بعوض بلفظ طلاق، أو خلع][3] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله: [هو فراق امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوصة][4] اهـ

وكما نص العلماء رحمهم الله على وجود المعاوضة على الخلع، والطلاق بعوض نصوا على أن الزوجة تكون ملزمة بدفع ذلك العوض كأثر من الآثار المترتبة على التعاقد على حل عصمة النكاح بالخلع، والطلاق المبني على عوض، قال الإمام عبد الله الموصلي رحمه الله فقال: [فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة..، وكذلك إن طلقها على مال فقبلت، وقع الطلاق بائناً، ويلزمها المال بالتزامها][5] اهـ

وقال الإمام أبو عمر ابن عبد البر المالكي رحمه الله: [ولو قال رجل لآخر: طلق امرأتك على ألف درهم، ففعل لزمه دفع الألف إليه][6] اهـ

---

(١)الاختيار للموصلي٣/١٥٦.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/١٣٧.

(٣)منهاج الطالبين للنووي٣/٣٣٥.

(٤)الإقناع للحجاوي٣/٢٥٢.

(٥)الاختيار للموصلي ٣/١٥٦.

(٦)الكافي لابن عبدالبر٢/٥٩٤.

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في الخلع :[ولو قالت:طلقني ثلاثاً على ألف، فقال طلقتك واحدة على ثلث الألف استحق ثلث الألف] اهـ [(١)]

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وإن وكلت المرأة في الخلع، ولم تقدر العوض، فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها إلا مهر المثل][(٢)]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في الطلاق بعوض:[وإن قال:" أنت طالق على أن لي عليك كذا "فالمذهب أنه كطلقتك بكذا، فإذا قبلت بانت، ووجب المال] اهـ [(٣)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في طلب الأمة الخلع:[إذا كان الخلع بإذن السيد، تعلق العوض بذمته] [(٤)] اهـ

وقال رحمه الله في الطلاق بعوض : [وإن قالت له:اخلعني بألف، أو على ألف، أو طلقني بألف، أو على ألف ففعل بانت، واستحق الألف] اهـ [(٥)]

فتبين أن المرأة، أو من التزم بالعوض على الخلع، أو الطلاق يعتبر ملزماً بدفع ذلك العوض إذا حصل الخلع، أو الطلاق، وأن هذا الإلزام بدفع العوض يعتبر أثراً من الآثار المترتبة على لزوم عقد الخلع، والطلاق بعوض.

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/١٤٠.

(٢)المهذب للشيرازي ٢/٧٥.

(٣)منهاج الطالبين للنووي٣/٣٤٧.

(٤)المغني لابن قدامة١٠/٣٠٦.

(٥)المقنع لابن قدامة٣/١٢٤

المقصد الثالث

انتقال ملكية العوض في الخلع والطلاق

المراد بانتقال ملكية العوض أن الزوج يصبح مالكاً لما بذلته الزوجة، أو غيرها من عوض، فله أن يتصرف فيه بما يريد، إذ هو ملك له، وتحت تصرفه، فحينما تبذل الزوجة العوض لزوجها لأجل الخلع أو الطلاق، فإن العوض المبذول تنتقل ملكيته إلى الزوج كما نص على ذلك أهل العلم رحمهم الله .

وفي ذلك يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله :[وكذلك إذا كان مقروناً بعوض وهو الخلع ببدل، والطلاق على مال..، والطلاق على مال معاوضة المال بالنفس، وقد ملك الزوج أحد العوضين بنفس القبول، وهو مالها، فتملك هي العوض الآخر، وهو نفسها تحقيقاً للمعاوضة، ولا تملك إلا بالبائن] اهـ [(١)]

وقال الإمام أبو القاسم ابن جزي المالكي في شروط الخلع: [أن يكون المبذول للرجل مما يصح تملكه] اهـ [(٢)]

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله في بيانه لتملك الزوج للعوض:[وإن خالعها خلعاً منجزاً على عوض، ملك العوض بالعقد ..][(٣)]اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي رحمه الله:[والعوض في الخلع، كالعوض في الصداق، والبيع إن كان مكيلاً أو موزوناً أو معدوداً أو مذروعاً لم يدخل في ضمان الزوج، ولا يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن تلف قبله فله عوضه ..] [(٤)]اهـ

وعلى هذا فإن أثر انتقال ملكية العوض في الخلع، والطلاق يكون بمجرد العقد في غير المكيل، والموزون، والمعدود، والمذروع، ويكون فيها بالقبض، فظهر أن الخلع والطلاق بعوض يملك الزوج فيهما العوض الذي بذلته الزوجة حتى تحصل على فراق زوجها، وتنهي به عقد النكاح الذي بينهما، ولو لم يكن ذلك أثراً لما اشترط أن يكون العوض صالحاً للتملك، وأن ملك العوض من الآثار التي تترتب على لزوم عقد الخلع، والطلاق بعوض.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٣/١٠٩.

(٢)القوانين الفقهية لابن جزي٢٣٧.

(٣)المهذب للشيرازي ٢/٧٤.

(٤)الإقناع للبهوتي٣/٢٥٦.

المقصد الرابع

شغل الذمة بعوض الخلع والطلاق

تقدم أن الزوجة ملزمة بتسليم العوض الذي بذلته مقابل فراق زوجها لها، وأن الزوج يملك هذا العوض إذا خالعها، أو طلقها، أما إذا كانت الزوجة لم تسلم العوض، واتفقت مع زوجها على تأجيله، وتعجيل طلاقها، فإنه يترتب على هذا التعاقد أن ذمة الزوجة تكون مشغولة بذلك العوض المؤجل، ويكون حكمه حكم الدين، وقد قرر العلماء رحمهم الله صحة الخلع، والطلاق بالعوض المؤجل، ونصوا على شغل ذمتها، وذمة من التزم بذلك العوض.

قال الإمام عبد الله الموصلي رحمه الله فقال:[فإذا فعلا لزمها المال، ووقعت تطليقة بائنة][1] اهـ

وقال الإمام أبو عمر ابن عبد البر المالكي رحمه الله:[ولو قال رجل لآخر طلق امرأتك على ألف درهم ففعل لزمه دفع الألف إليه][2] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وإن كانت أمة فخالعت بإذن السيد لزمها المال في كسبها، أو مما في يدها من مال التجارة، فإن لم يكن لها كسب و لا في يدها مال للتجارة ثبت في ذمتها][3] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في طلب الأمة الخلع:[إذا كان الخلع بإذن السيد، تعلق العوض بذمته][4] اهـ

فكانت ذمة الزوجة، أو من ألتزم بذلك العوض مشغولة به للزوج، ويكون شغلها على هذا الوجه أثراً من الآثار المترتبة على لزوم عقد الخلع، والطلاق بعوض.

---

(١) الاختيار للموصلي ١٥٦/٣.

(٢) الكافي لابن عبدالبر ٥٩٤/٢.

(٣) التنبيه للشيرازي ١٧١.

(٤) المغني لابن قدامة ٣٠٦/١٠.

المبحث الخامس

أثر لزوم العقد في السير والجهاد

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: آثار لزوم العقد العامة في السير والجهاد.

المطلب الثاني: آثار لزوم العقد الخاصة في السير والجهاد.

المطلب الأول

آثار لزوم العقد العامة في السير والجهاد

وفيه مقصدان:

المقصد الأول:عصمة النفس.

المقصد الثاني:عصمة المال.

المقصد الأول

عصمة النفس

الأصل أن أنفس أهل الكفر غير معصومة الدم، أما إذا تم معهم إبرام عقد الهدنة، أو الذمة، أو الأمان، فإنهم يصبحون معصومي الأنفس، ولا يجوز التعدي عليهم.

ففي عقد الهدنة يلتزم المسلمون بالكف عن الكفار، حتى تنقضي مدة الهدنة المتفق عليها معهم، أو يكون نقض الهدنة من قبلهم، وحينئذ يكون وجوب الكف عنهم قد زال بسبب حصل منهم، فإذا انتهت مدة الهدنة، أو قاموا بنقضها قبل انتهاء مدتها، حل قتالهم، وعادوا كما لو لم تكن بيننا، وبينهم هدنة.

وكذلك من آثارها في جانب الكفار التزامهم بالكف عن قتال المسلمين، ووفاؤهم بالشروط المتفق عليها في الهدنة.

ويدل على هذا الأثر كثير من النصوص الشرعية، فقوله تعالى: ﴿ وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا ﴾ [الأنفال:٦١]، والسلم يقصد به المسالمة، وهي تقتضي الكف عنهم، سواء في أنفسهم، أو أموالهم.[١] وقال تعالى: ﴿ وَإِن نَّكَثُوٓاْ أَيْمَٰنَهُم مِّنۢ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُواْ فِى دِينِكُمْ فَقَٰتِلُوٓاْ أَئِمَّةَ ٱلْكُفْرِ ﴾ [التوبة:١٢]، فهذه الآية تدل على أن المهادنين لا يحل قتالهم، وإنما جاز للمسلمين أن يقاتلوهم إذا نقضوا العهد، فكان هذا أثراً من آثار الهدنة.

كما أن مهادنة الرسول صلى الله عليه وسلم لقريش، واليهود، تدل على هذا الأثر، حيث إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كف عنهم بسبب هذه المهادنة.[٢]

وقد صرح كثير من أهل العلم رحمهم الله بهذا الأثر المترتب على الهدنة؛ إذ هو الفائدة من هذا الصلح.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ثم يجب الوفاء بالمشروط إلى أخر المدة..][٣] اهـ

---

(١) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٨/٣٩.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٧/٣٣١.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١/٤٩٨.

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله : [ومتى صحت وجب الكف عنهم حتى تنقضي، أو ينقضوها بتصريح أو قتالنا..] [(١)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله : [وإذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها] [(٢)] اهـ

إذا فعقد الهدنة يقتضي أن يكف المسلمون عن قتال الكفار، كما أن على الكفار الكف عن قتال المسلمين، فإن انتهت المدة أو قاموا بنقض عهدهم، فإنه يحل القتال، وتزول عصمة أنفسهم.

وفي عقد الأمان يكف المسلمون عن التعرض لمن أعطي الأمان، فلا يتعرض له في نفسه؛ لأن عقد الأمان قد أكسب الكافر عصمة نفسه، حتى انتهاء الأمان، وبلوغ الكافر مأمنه، ولهذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لأم هانئ رضي الله عنها : (قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ). [(٣)]

وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله هذا الأثر، وفي ذلك يقول الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله : [وحكمه أنه إذا انعقد، كففنا عنه، وعن ما يتبعه من أهل، ومال، إن شرط ذلك في الأمان ..] [(٤)] اهـ

وقال الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله : [لأن فائدة الأمان تحريم قتله، واسترقاقه، ومفاداته ..] [(٥)] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله : [ويحرم به قتل، ورق، وأسر، وأخذ مال..] [(٦)] اهـ

فأثر لزوم عقد الأمان هو وجوب الكف عن المؤمن حتى يسمع كلام الله ثم يتم إيصاله إلى مأمنه، وهذا الأثر كالأثر السابق في عقد الهدنة، إلا أنه في عقد الهدنة يكون عاما في الكفار، بخلافه هنا، فإنه يكون خاصا لأشخاص، ويبقى القتال على وضعه مع

---

(١)منهاج الطالبين للنووي ٤/٣١٧.

(٢)المغني لابن قدامة ١٣/١٥٧.

(٣)تقدم تخريجه ص ٣٠١.

(٤)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس١/٤٨١.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٤/٢٩٨.

(٦)الإقناع للحجاوي٢/٣٦.

قومهم، فللمسلمين قتالهم وإن كانوا قد منحوا بعضاً منهم الأمان، فعلى هذا يكون الأثر في كلا العقدين، هو كف الأذى والقتال، لكن أحدهما عام، والآخر خاص .

وفي عقد الذمة يجب على المسلمين احترامه، والقيام بما يترتب عليه من أثر، من قبول الجزية، وتحريم القتال، أما إذا نقضوا العهد فلم يقوموا بما عليهم، فقد حل قتالهم؛لأنهم بهذا النقض للعقد أصبحوا من أهل الحرب الذين يجوز قتالهم.

قال الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله : [وأما بيان حكم العقد ..، منها عصمة النفس ..، ومنها عصمة المال ..] [(1)] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله : [فحكمه علينا، وجوب الكف عنهم، وأن نعصمهم بالضمان نفساً، ومالاً] [(2)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله : [يلزمنا الكف عنهم، وضمان ما نتلفه عليهم، مالاً، ونفساً، ودفع أهل الحرب عنهم] [(3)] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله : [ومتى بذلوا الواجب لزم قبوله، ودفع من قصدهم بأذى في دارنا، وحرم قتالهم، وأخذ مالهم ..] [(4)] اهـ

فأثر اللزوم في عقد الذمة أن المسلمين يدافعوا عن أهل الذمة، ويعصموا أنفسهم ما التزموا بعقد الذمة، فإن نقضوا العقد حل ما كان محرماً على المسلمين، من جواز القتال، وبهذا يتضح أن عصمة النفس تعتبر أثراً عاماً يترتب على لزوم عقود الذمة، والأمان، والهدنة في الجهاد، والسير.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ١١١.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١/ ٤٩١.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ٤/ ٣١٧.

(٤) الإقناع للحجاوي ٢/ ٤٥.

المقصد الثاني

عصمة المال

من الآثار العامة لعقود الذمة، والأمان، والهدنة في الجهاد أن أموال الكفار تكون معصومة كدمائهم، فكما أنهم بمثل هذه العقود تحرم أنفسهم فكذلك أموالهم.وقد سبق من النصوص ما يعضد ذلك، ويؤكده.

فمن ذلك ما قاله الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله في عقد الذمة: [وأما بيان حكم العقد ..، منها عصمة النفس ..، ومنها عصمة المال ..] [1] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله : [فحكمه علينا، وجوب الكف عنهم، وأن نعصمهم بالضمان نفساً، ومالاً][2] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله في عقد الأمان: [ويحرم به قتل، ورق، وأسر وأخذ مال..] [3] اهـ

فظهر بهذا أن عصمة مال الذمي، والمؤمن، والمهادن في الجهاد تعتبر أثراً من آثار لزوم عقد الذمة، والأمان، والهدنة.

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١١١/٧.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٩١/١.

(٣) الإقناع للحجاوي ٣٦/٢.

المطلب الثاني

آثار لزوم العقد الخاصة في السير والجهاد

وفيه مقصدان:

المقصد الأول: إيصال المؤمن إلى مأمنه.

المقصد الثاني: الدفاع عن أهل الذمة.

المقصد الأول

إيصال المؤمن إلى مأمنه

يختص عقد الأمان من بين عقود الجهاد بأثر من آثار اللزوم،فعقد الأمان يتطلب أن يكون المستأمن في غير بلده،وبعيداً عن عشيرته،وأهله،وإنما يكون بين المسلمين،ليعرف شرائع الإسلام،ويسمع كلام الرحيم الرحمن،ويطلع على أحوال أهل الإسلام،مما قد يجره إلى القناعة بهذا الدين،فيكون واحداً من المسلمين،فكم ممن أعطي الأمان فأعجب بحال المسلمين،وما هم عليه فدخل في الدين الحنيف،فإن لم يكتب الله عز و جل له ذلك فإن على المسلم الذي بذل له الأمان أن يرجعه إلى مأمنه،الذي يأمن فيه على نفسه،وماله،وهذا ما أمر الله عز وجل به في محكم كتابه، فقال سبحانه: ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَـٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ [التوبة:٦].

وقد نقل الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله عدم الخلاف بين أهل العلم رحمهم الله في ذلك فقال:[ومن طلب الأمان ليسمع كلام الله،ويعرف شرائع الإسلام وجب أن يعطاه ثم يرد إلى مأمنه لا نعلم في هذا خلافاً][1]اهـ

أما في غير عقد الأمان فليس على المسلم أن يبلغه مأمنه فليس من مستلزمات العقد ذلك،ولهذا فإنه يكون عقد الأمان مختصاً بهذا الأثر،دون غيره.

(١)المغني لابن قدامة ١٣/٧٩.

المقصد الثاني

الدفاع عن أهل الذمة

في عقد الذمة يبقى أهل الذمة في ديارهم، مقابل دفعهم الجزية لأهل الإسلام، وهذا العقد يتطلب من أهل الإسلام حمايتهم، والدفاع عنهم، سواء كان المعتدي مسلماً، أو حربياً، أو ذمياً، ولهذا قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه في وصيته للخليفة من بعده: (وأوصيه بذمة الله، وذمة رسوله صلى الله عليه وسلم، أن يوفى لهم بعهدهم، وأن يقاتل من ورائهم).[(١)]

وورد عن أمير المؤمنين علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: (إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا، ودماؤهم كدمائنا).[(٢)]

وقد صرح بعض أهل العلم رحمهم الله بذلك، فقد قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله : [فحكمه علينا، وجوب الكف عنهم، وأن نعصمهم بالضمان نفساً، ومالاً][(٣)]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله : [يلزمنا الكف عنهم، وضمان ما نتلفه عليهم، مالاً، ونفساً، ودفع أهل الحرب عنهم][(٤)]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[وإذا عقد الذمة، فعليه حمايتهم من المسلمين، وأهل الحرب، وأهل الذمة؛لأنه التزم بالعهد حفظهم][(٥)]اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله : [ومتى بذلوا الواجب لزم قبوله، ودفع من قصدهم بأذى في دارنا، وحرم قتالهم، وأخذ مالهم ..][(٦)]اهـ

فظهر من هذه الآثار، والنصوص أن من أثر لزوم عقد الذمة الحماية لأهلها، والدفاع عنهم ما داموا ملتزمين بما يتطلبه هذا العقد، أما إذا صدر منهم ما ينقض العقد فقد حل

---

(١)رواه البخاري، كتاب الجهاد والسير، باب يقاتل عن أهل الذمة، ولا يسترقون، صحيح البخاري٤/٣١.

(٢)نصب الراية للزيلعي ٣/٣٨٢، وقال : [غريب]اهـ

(٣)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس١/٤٩١.

(٤)منهاج الطالبين للنووي ٤/٣١٧.

(٥)المغني لابن قدامة١٣/٢٥٠.

(٦)الإقناع للحجاوي٢/٤٥.

للمسلمين ما كان محرماً عليهم بسبب هذا العقد من القتال، واستحلال المال، واسترقاق الأنفس، وغير ذلك.

الباب الثالث

موانع اللزوم وسوالبه

يشتمل هذا الباب على فصلين:

الفصل الأول:موانع اللزوم.

الفصل الثاني:سوالب اللزوم.

الفصل الأول

موانع اللزوم

يشتمل هذا الفصل على مبحثين :

المبحث الأول:المانع العام للزوم العقد (الإكراه) .

المبحث الثاني:المانع الخاص للزوم العقد (الخيار).

تمهيد

تعريف المانع وأقسامه

يشتمل هذا التمهيد على التعريف بالمانع، وبيان أقسامه.

تعريف المانع:

في اللغة :اسم فاعل مأخوذ من المنع، يقال:منع، يمنع، منعاً، إذا حال بينه، وبين الشيء الذي يريده، فهو إذًا خلاف الإعطاء، ورجل منوع، ومانع، ومنَّاع، ضَنِينٌ ممسك.وفي التنزيل العزيز يقول تعالى: ﴿ مَّنَّاعٍ لِّلْخَيْرِ مُعْتَدٍ أَثِيمٍ ﴾ [القلم:١٢]، وفيه: ﴿ وَإِذَا مَسَّهُ ٱلْخَيْرُ مَنُوعًا ﴾ [المعارج:٢١]،ويقال:فلان في عز ومنعة، أي هو في عز، و قوة، وغلبة؛لوجود من يمنعه من عشيرته من إيذاء الغير له، والمانع من صفات الله عز وجل، وله معنيان:

أحدهما :أن يأتي بمعنى الحيلولة بين الإنسان، وما يرغبه، وما يريده، ومن هذا المعنى ما روي عن النبي صلى الله علية وسلم أنه قال:(اللهم لا مانع لما أعطيت، ولا معطي لما منعت)[1]، فهو سبحانه يعطي من يشاء، ويمنع من يشاء، وهو العادل في جميع ذلك.

ثانيهما :أن يأتي بمعنى الحيلولة بين الإنسان، وأعدائه، ومن يريد به الشر، فعلى هذا يمنع تبارك وتعالى أهل دينه أي يحوطهم، وينصرهم.[2]

وفي الاصطلاح:يعتبر العلماء رحمهم الله المانع قسماً من أقسام الحكم الوضعي الستة وهي:العلة، والسبب، والشرط، والمانع، والصحة، والفساد،[3] ومن أشهر التعاريف التي عرف بها المانع قولهم (ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود، ولا عدم لذاته).[4]

ويمثل للمانع بالحيض، فإنه مانع من الصلاة، و الصوم، كما يمثل له بالنجاسة في البدن، أو ثوب المصلي، فإنها مانعة من الحكم بصحة الصلاة عند من يجعل الطهارة

---

(١)متفق عليه، صحيح البخاري ،كتاب الأذان، باب الذكر بعد الصلاة٢٠٤/١، صحيح مسلم، كتاب الصلاة، باب استحباب الذكر بعد الصلاة وبيان صفته٩٥/٢ كلاهما عن المغيرة بن شعبة رضي الله عنه .

(٢)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٧٨/٥ ، الصحاح للجوهري ١٢٨٧/٣ ، لسان العرب لابن منظور ٣٤٣/٨، القاموس المحيط للفيروزأبادي ٨٦/٣، المصباح المنير للفيومي ٢٢٢ .

(٣)الأحكام في أصول الأحكام للآمدي ٨٤/١، ١١٠، حاشية البناني على جمع الجوامع ٧٩/١، ٨٦، روضة الناظر لابن قدامة١٦٣/١ ، إرشاد الفحول للشوكاني ٧، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي٤٤.

(٤)الفروق للقرافي ٦٢/١، الذخيرة للقرافي ٦٩/١، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٦/١ ، شرح الكوكب المنير لابن النجار٤٥٦/١.

شرطاً لصحتها[١]، وكالدَّين في الزكاة عند من يقول بأن الدين يمنع الزكاة،[٢] وكالأبوة في باب القصاص، مع القتل العمد العدوان.[٣]

أقسام المانع:

ينقسم المانع من حيث ابتداء المنع، ودوامه إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ما يمنع من الحكم ابتداءً ودواماً: ويمكن أن يمثل له بما يأتي:

١) الرضاع: يمنع ابتداء النكاح، ودوامه إذا طرأ عليه، فأما منعه الابتداء فإن الرضاع المعتبر شرعاً يمنع من العقد على المرأة التي رضع منها، وما في حكمها كالنسب.[٤]

ومعنى منعه الدوام أنه لو طرأ الرضاع على نكاح صحيح على وجه يوجب الفسخ فسخه، ومثل العلماء لذلك بمن عقد على امرأتين إحداهما كبيرة، والأخرى صغيرة في سن الرضاع، فرضعت الصغيرة من الكبيرة رضاعاً مؤثراً انفسخ نكاح الكبيرة، وحرمت عليه؛ لأنها بعد الرضاع أصبحت أم زوجته، أما الصغرى، فلا تحرم عليه؛ إلا إن كان قد دخل بأمها.[٥]

٢) الكفر: فإنه يمنع من صحة العبادة ابتداء، ودواماً، فلو صلى، وهو على الكفر لم تصح صلاته كلها، وهكذا لو طرأ كفره أثناء صلاته حكم ببطلانها.[٦]

القسم الثاني: ما يمنع من الحكم ابتداء، ولا يمنع منه دواماً: ويمثل له بالإحرام: فإنه يمنع ابتداء النكاح، ولا يمنع دوامه، فالمحرم حال إحرامه ممنوع من عقد النكاح؛ لكن هذا الإحرام لا

---

(١) الاختيار للموصلي ٤٥/١، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٧/١، الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٢/٢، المقنع لابن قدامة ١٠٤/١.

(٢) منع الدين للزكاة هو القول القديم للشافعي، ومذهب الحنابلة، رحم الله الجميع، المجموع للنووي ٣١٧/٥، المغني لابن قدامة ٢٦٣/٤.

(٣) الاختيار للموصلي ٢٤/٥، المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/ ١٣٠١، الحاوي الكبير للماوردي ٢٢//١٢، المقنع لابن قدامة ٣٤٩/٣.

(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٨٨/٢، الفروق للقرافي ١١٠/١، شرح مختصر الروضة للطوفي ٤٣٨/١، القواعد للمقري ٣٨٠/٢، شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤٦٣/١ .

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٣٧/٣، الذخيرة للقرافي ٢٨٣//٤، الحاوي الكبير للماوردي ٣٨٤/١١، كشاف القناع للبهوتي ٤٤٧/٥ .

(٦) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٨٨/٢ .

يمنع من الدوام على نكاح سابق.[١]

القسم الثالث:ما يمنع من الحكم دواماً لا ابتداءً:ويمثل له بالطلاق بالثلاث فإنه مانع من الدوام على النكاح الأول،ولا يمنع ابتداء نكاح ثان لأجنبي .[٢]

وإذا تبينت أقسام الموانع بصفة عامة،فإن الموانع التي تحول بين العقد ووصفه باللزوم تنقسم إلى قسمين:

القسم الأول: مانع عام وهو الإكراه.

القسم الثاني:مانع خاص وهو الخيار.

وتفصيل ذلك في المبحثين القادمين.

---

(١)المصادر السابقة .

(٢)مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ١/١١٠ .

المبحث الأول

المانع العام للزوم العقد (الإكراه)

يشتمل هذا المبحث على ثلاثة مطالب :

المطلب الأول:تعريف الإكراه،وأنوعه

المطلب الثاني:أثر الإكراه في منع لزوم العقد.

المطلب الثالث:شروط اعتبار الإكراه مانعاً من لزوم العقد.

المطلب الأول

تعريف الإكراه وأنواعه

تعريف الإكراه:

في اللغة: الإكراه مأخوذ من قولهم: كره، يكره، كرهاً، ويقال: كرهت الشيء، أكرهه، كرهاً، بضم الكاف، وفتحها، وهو خلاف الرضا، والمحبة، وأكرهته على الأمر إكراهاً إذا حملته عليه قهراً.

وفرق بعض أهل اللغة بين فتح الكاف وضمها فقال: بالضم ما أكرهت نفسك عليه وبالفتح، ما أكرهك غيرك عليه. وقال بعضهم: بعدم التفريق بين الفتح، والضم، فهما لغتان لا فرق بينهما عنده.

ونظراً لوجود الكراهية في النازلة، والشدة في الحرب أطلق الكره عليهما فقالوا للحرب: كريهة، كما يقال للسيف الماضي في الضرائب: ذو الكريهة؛ لما فيه من الأثر الذي يوجب المكروه من القتل، والجرح، والضرر.(١)

وفي الاصطلاح: إلزام الغير بما لا يريده.(٢)

وهذا التعريف مع قصره فإنه يشمل الإكراه بالفعل، والقول، وبالتخويف، والإرغام، وغيره من صور الإكراه المتعددة، والله أعلم.

أنواع الإكراه

ينقسم الإكراه إلى قسمين:

القسم الأول: الإكراه بحق: كإكراه القاضي المولي(٣) على الطلاق بعد مضي مدة الإيلاء، وإكراه الغاصب على رد المغصوب لصاحبه، ونحو ذلك، وهذا القسم لا يسقط

---

(١) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٧٢/٥، القاموس المحيط للفيروز أبادي ٢٩١/٤، لسان العرب لابن منظور ٥٣٤/١٣، المصباح المنير للفيومي ٢٠٣.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣١١/١٢، ينظر بقية التعاريف: كشف الأسرار للبخاري ٣٨٣/٤، التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٩٦/٢.

(٣) مأخوذ من الإيلاء: وهو حلف الزوج القادر على الوطء بالله تعالى، أو صفة من صفاته على ترك وطء زوجته في قبلها مدة زائدة على أربعة أشهر. المطلع على أبواب المقنع للبعلي ٣٤٣.

الإكراه فيه الحكم، وعليه فإنه يمضى طلاق القاضي، وتثبت اليد في رد المغصوب للمالك الحقيقي.[١]

القسم الثاني الإكراه بغير حق:وهذا القسم اختلف العلماء رحمهم الله فيه، فذهب الجمهور[٢] منهم إلى عدم التفريق بين الملجئ، وغيره، وإنما اشترطوا حصول الضرر في الإكراه وأن الأحوال، والأشخاص تختلف في ذلك، فقد يعد في حق البعض ضرراً، بينما لا يعد في حق الآخر ضرراً.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[وحد الإكراه:ما فُعِل بالإنسان مما يضره، أو يؤلمه من ضرب، أو تخويف... ، والتخويف لذي المروة بالصفع في الملأ إكراه] اهـ [٣]

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[وأما الإكراه بإدخال الضرر والأذى البيِّن على المكرَه وذلك قد يكون من أحد سبعة أوجه] [٤] اهـ ثم ذكرها عليه رحمة الله.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[أن يكون مما يستضر به ضرراً كثيراً كالقتل، والضرب الشديد، والقيد، والحبس الطويل... ، فأما الضرب اليسير فإن كان في حق من لا يبالي به فليس بإكراه، وإن كان في بعض ذوي المروءات... ، فهو كالضرب الكثير في حق غيره] اهـ

وأما الحنفية[٥] وبعض الشافعية[٦] فإنهم فرقوا بين الملجئ، وغيره، واعتبروا ما خاف معه تلف نفسه، أو عضو من أعضائه فهو ملجئ، وهو يُعدم الرضا، ويفسد الاختيار، وأما ماعدا ذلك كالخوف الذي لا يكون معه تلف نفس، أو عضو كالحبس القصير، والضرب اليسير؛ فإنه يعد غير ملجئ، وهو يُعدِم الرضا، ولا يفسد به الاختيار؛لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكره عليه، فإنه يمكن معه الصبر على ما هدده به .

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٢/١٠، المغني لابن قدامة ٣٥١/١٠.

(٢)مواهب الجليل للحطاب ٤٤/٤، الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٢/١٠، التلويح على التوضيح للتفتازاني ١٩٦/٢، المغني لابن قدامة ٣٥١/١٠.

(٣)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١٧٩/٢.

(٤)المغني لابن قدامة ٣٥٣/١٠.

(٥)المبسوط للسرخسي ٤٨/٢٤، المحصول للرازي ٤٤٩/١.

(٦)نهاية السول للأسنوي ٣٢١/١ فواتح الرحموت للأنصاري ١٦٦/١.

قال الإمام شمس الدين السرخسي الحنفي رحمه الله:[ولو أوعده بقطع إصبع، أو أنملة يتحقق به الإلجاء... ، ولو أوعده بضرب سوط، أو سوطين لم يسعه تناول ذلك... ، والإلجاء لا يتحقق به] اهـ [1]

وقال الإمام جمال الدين الأسنوي الشافعي رحمه الله:[الإكراه إن كان ملجئاً ، وهو الذي لا يبقى للشخص معه قدرة و لا اختيار... ، وإن كان غير ملجئ...] اهـ [2]

والذي يظهر أن الخلاف بين الجمهور والحنفية خلاف في التقسيم فقط، فالجمهور يقسمونه مثالياً ، وأما الحنفية ، ومن وافقهم فإنهم يقسمونه نوعياً ، وإلا فإنهم متفقون على أن هناك صوراً يكون فيها الإكراه مُعدِماً للرضا ، وصوراً أخرى لا يعد فيها الإكراه مُعدِماً للرضا .

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٤/ ٤٨.

(٢) التمهيد للأسنوي ١٢٠.

المطلب الثاني

أثر الإكراه في منع لزوم العقد

ذكر أهل العلم رحمهم الله أن الإكراه عارض من عوارض الأهلية المكتسبة، فإذا توفرت في الإكراه جميع شروطه، وأبْرِم بموجب هذا الإكراه عقد من العقود فهل يوصف هذا العقد بأنه لازم يجب الوفاء به، أو يقال: بأنه غير معتبر، ولا يتعد به لوجود الإكراه ؟

إن الناظر في تصرفات المكره في العقود يجد أن أهل العلم رحمهم الله يقسمونها إلى قسمين:

القسم الأول: العقود التي تحتمل الفسخ: ويقصد بها التي يمكن أن يرجع العاقد فيها، كالبيع فإن البائع إذا لم يستلم الثمن جاز له أن يرجع في بيعه، وهكذا في الإجارة، والهبة ونحوها.

فهذا النوع من العقود إذا أكره الشخص عليه، فإنه لا يعتد بالعقد، ولا يكون لازماً لوجود الإكراه، فعند الجمهور من المالكية[(١)]، والشافعية،[(٢)] و الحنابلة[(٣)]، رحمهم الله، يحكمون ببطلانه، وعند الحنفية [(٤)]رحمهم الله يحكمون بفساده، إلا أن الإمام زفر من الحنفية[(٥)] رحمه الله يقول: بوقف العقد على إجازة المكره بعد زوال الإكراه عنه.

وهذا الخلاف لا تأثير له على اللزوم، فعند الجميع العقد غير لازم مع الإكراه، إذ العقد عند الجمهور رحمهم الله باطل غير صحيح، وعند جمهور الحنفية رحمهم الله فاسد بحاجة إلى أن يصحح، وعند زفر رحمه الله متوقف على الإجازة من قبل المكره بعد زوال الإكراه، فكانت هذه الأقوال منصبة في مصب واحد، من حيث اتفاقها على عدم الحكم بلزوم العقد؛ لوجود مانع الإكراه.

---

(١)مواهب الجليل للحطاب٤/٤٤، حاشية الدسوقي٢/٣٦٩ .

(٢)الحاوي الكبير للماوردي١٠/٢٢٧، المجموع للنووي ٩/١٨٦.

(٣)المقنع لابن قدامة ٢/٤، الإنصاف للمرداوي ٤/ ٢٦٥ .

(٤)الاختيار للموصلي ٢/١٠٥، بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٨٦ .

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٨٢.

القسم الثاني العقود التي لا تحتمل الفسخ:ويقصد بها العقود التي لا يمكن الرجوع فيها ،فإذا صدرت فلا تقبل أن يفسخها العاقد ،كالعتق،والنكاح، والتدبير،فمثل هذه العقود ليس في مقدرة العاقد أن يرجع فيها ،فالنكاح مثلاً إذا تم لا يملك كل من الزوج،والزوجة حق الرجوع عن عقده،وإذا أرادا فسخ النكاح،أو إزالته بخلع،أو طلاق فلهما ذلك،وهذه العقود قد اختلف في لزومها ،مع الإكراه على قولين:

القول الأول:أن هذه العقود يؤثر فيها الإكراه،فيوجب الحكم بعدم لزومها ،وأنها غير صحيحة ،وهو مذهب المالكية ،(1) والشافعية ،(2) والحنابلة ،(3) رحمهم الله .

قال الشيخ محمد الدسوقي المالكي رحمه الله:[قوله:"كالبيع،والشراء" نحو:إن لم تبع شيئك الفلاني. . . ،وإلا قتلتك. . . ؛فباع أو اشترى،فلا يلزمه البيع،ولا الشراء،قوله:"وسائر العقود" أي كعقد:الإجارة،والجعالة،والصرف،والهبة. . .] اهـ (4)

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[وأما المكره على الطلاق؛إذا تلفظ به كرهاً ،غير مختار لم يقع طلاقه،ولا عتقه،ولم تصح عقوده،وسواء كان ذلك مما لا يلحقه الفسخ كالطلاق،أو العتق،أو كان مما يلحقه الفسخ] اهـ (5)

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وإكراه على عتق،وعلى يمين بالله ونحوهما كظهار كإكراه على طلاق،فلا يؤاخذ بشيء منها في حال،لا يؤاخذ فيها بالطلاق] اهـ (6)

القول الثاني:أن هذه العقود الصادرة من المكره صحيحة ،وهو مذهب الحنفية (7) رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أما النوع الذي لا يحتمل

---

(1)مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٤ ،بلغة السالك للصاوي ٤٥١/١.

(2)الحاوي الكبير للماوردي ٢٢٧/١٠ .

(3)المقنع لابن قدامة ١٣٤/٣ ،كشاف القناع للبهوتي ١٥٠/٣.

(4)حاشية الدسوقي٣٦٩/٢.

(5)الحاوي الكبير للماوردي٢٢٧/١٠.

(6)شرح منتهى الإرادات للبهوتي١٢١/٣.

(7)الاختيار للموصلي ١٠٥/٢ ،بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٧ ،شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٧٠/٣.

الفسخ فالطلاق، والعتاق... ، فهذه جائزة، مع الإكراه عندنا] اهـ [1]

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا تصح هذه العقود من المكره)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل:فمن الكتاب والسنة.

أما الكتاب:فقول الله تعالى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِٱلْإِيمَـٰنِ ﴾ [النحل:١٠٦].

وجه الدلالة:أن الله تعالى أسقط بالإكراه الكفر، وهو أعظم الأشياء، فمن باب أولى أن يسقط ما دونه، ومنه العقود التي يبرمها العاقد، وهو مكره، قال الإمام أبو عبد الله القرطبي رحمه الله:[لما سمح الله عز وجل بالكفر، وهو أصل الشريعة عند الإكراه، ولم يؤاخذ به، حمل عليه العلماء فروع الشريعة كلها..][2] اهـ

وأما السنة فحديثان:

الأول:حديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله علية وسلم قال: (إن الله وضع عن أمتي الخطأ، والنسيان، وما استكرهوا عليه).[3]

ووجه الدلالة:أن المصطفى صلى الله علية وسلم بين أن الله سبحانه وضع الأحكام المترتبة على الإكراه، فاقتضى ذلك أن تكون العقود التي يكره عليها المرء مرفوعة لا يترتب عليها أثر .

فإن قيل:إن المراد بالتجاوز هنا هو رفع الإثم، دون الحكم.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٧.

(٢)الجامع لأحكام القرآن للقرطبي١٠/١٨١.

(٣) رواه ابن ماجة في كتاب الطلاق، باب طلاق المكره، والناسي سنن ابن ماجة ٦٥٩/١ وبين أن فيه انقطاعا، وروى نحوه عن أبي ذر الغفاري رضي الله عنه، وقال:ضعيف، وعن أبي هريرة رضي الله عنه وسكت عنه، والدارقطني في كتاب النذور، سنن الدارقطني ١٧٠/٤، والحاكم في مستدركه، وقال:هذا حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه، المستدرك للحاكم ١٦٨/٢، وقد حسنه الإمام النووي رحمه الله في الأربعين النووية الحديث التاسع والثلاثون ص٨٥، وذكر الإمام الزيلعي في نصب الراية طرقه ٦٤/٢، والحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير ٣٠١/١، وصححه الشيخ الألباني في إرواء الغليل ١٢٣/١.

فيجاب عنه:بأن حمله على رفع الحكم أولى لأنه أعم،فالذي يرفع الحكم يرفع الإثم،فالأصل حمل النص على عمومه،حتى يدل الدليل على الخصوص.(١)

والثاني:حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله علية وسلم قال:(إنما الأعمال بالنيات،وإنما لكل امرئٍ ما نوى).(٢)

ووجه الدلالة:أنه عليه الصلاة والسلام جعل مدار الأعمال على النية،فالمكره إذا لم ينو ما أكره عليه لم يصح؛لعدم توفر النية منه بالاختيار .

وأما دليلهم من العقل فقالوا:إن هذه ألفاظ حمل عليها بغير حق فوجب أن لا يثبت بها حكم،كالإكراه على الإقرار،وعلى كلمة الكفر.(٣)

دليل القول الثاني:(تصح هذه العقود من المكره،وتكون لازمة):استدلوا بالنقل، العقل.

أما دليلهم من النقل:فقالوا:إن عموم النصوص الواردة في لزوم العقود كقوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١]يقتضي أنها إذا وقعت تكون لازمة على العموم بغض النظر عن كونه مكرهاً،أو غير مكره،وليس لهذا العموم ما يخصصه.(٤)

أما دليلهم من العقل فقالوا:إن المكره عرف الشرين،واختار أهونهما،وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه غير راض بحكمه،وذلك غير مخل به؛كالهازل.(٥)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بعدم صحة العقود الصادرة من المكره، وأنها غير لازمة؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة استدلال أصحاب هذا القول من دليل النقل،والعقل .

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٢٢٨/١٠ .

(٢)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الوحي، باب كيف كان بدء الوحي٢/١ ، صحيح مسلم، كتاب الإمارة، باب قول النبي صلى الله عليه وسلم: إنما الأعمال ٤٨/٤ .

(٣)الحاوي الكبير٢٢٩/١٠ المغني لابن قدامة٣٥١/١٠ .

(٤)بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٧.

(٥)شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٦٩/٣.

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني من النقل،فيجاب عنه:أن العموم المذكور مخصص بالأدلة التي أسقطت الحكم باعتبار الأقوال،والأفعال في حال وجود الإكراه،وهي الأدلة التي ذكرها أصحاب القول الأول من النقل،والعقل.[1]

ثالثاً :أما استدلالهم من العقل فيقال:إن قياس المكره على الهازل قياس مع الفارق ولذا يصح إقرار الهازل،ولا يصح إقرار المكره .[2]

إذا تقرر هذا فإن الإكراه،والحال ما ذكر يعتبر مانعاً من موانع لزوم العقد دون تفريق بين عقد،وآخر،فما دام أنه قام بإبرام تلك العقود تحت وطأة الإكراه فإن له حق فسخها،دون رضا الطرف الآخر،وأما العقود التي لا تحتمل الفسخ فإنها كأن لم تكن صدرت.

وعدم الإلزام بالعقد الصادر من المكره هو من يسر الشريعة الإسلامية التي لا حرج فيها،و لا عنت،فلو كان العقد الصادر من المكره لازماً؛لترتب على ذلك من المفاسد الشيء الكثير،حيث يؤدي لزوم العقد في حال الإكراه إلى التوصل إلى أكل مال الغير بالباطل؛لأن المكره لم يرض بهذا العقد،وهذا من ظلم الناس والتسلط عليهم،والغالب أن المكرَه لن يسكت على ظلمه بل سيحاول الانتقام ممن أكرهه،ولربما دفعته الحمية إلى مجاوزة الحدود فلا يقف على شيء معين،بل يبالغ في الانتقام،وبهذا تنتشر الفوضى،والعداوة،والشحناء بين أفراد المجتمع،وفي اعتبار الإكراه مانعاً من موانع لزوم العقود قطع لهذه المفاسد،والشرور،وقفل للأبواب المفضية للوقوع فيها .

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٠/١٠ .

(٢)المصدر السابق،المحلى لابن حزم ٢٦٨/٩ .

المطلب الثالث

شروط اعتبار الإكراه مانعاً من لزوم العقد

لما كان الإكراه مخالفاً لطبيعة الإنسان، وجبلته، والناس تختلف في تقدير الإكراه فقد يرى البعض أن ما ليس بإكراه إكراهاً، لهذا فقد تكلم العلماء رحمهم الله عن الشروط التي يمكن تحديد الإكراه بها، وهذه الشروط تتلخص فيما يلي:

الشرط الأول:أن يكون ما هدده به موجباً للضرر في النفس، أو المال، أو العرض، سواء تعلق ذلك الضرر بالمكرَه، أو بمن يهمه أمرهم من والد، وولد، وزوجة، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، والأحوال.(١)

فمثال الضرر في نفسه:أن يهدده بقتله، أو قطع عضو من أعضائه، أو بضربه ضرباً يفضي إلى القتل، أو بحبسه طويلاً.

ومثال الضرر في المال:أن يكرهه على أمر، ويهدده بإحراق مال كثير يستضر به، أما إذا كان قليلاً فإنه لا يعتبر إكراهاً، إلا إذا كان محتاجاً يلحقه بحرق القليل ضرر كبير.

ومثال الضرر في العرض:أن يهدده بفعل فاحشة به، ونحو ذلك، إذا لم يستجب لما أمره به .

ومثال الضرر فيمن يهمه أمرهم:أن يهدده بقتل والده، أو ولده، أو زوجته، أو الإضرار بهم بالضرب، أو الحبس .

الشرط الثاني:أن يكون المكرِه – بالكسر – قادراً على إيقاع ما هدده به؛فإن لم يكن مستطيعاً لذلك فلا يعد تهديده موجباً للحكم بالإكراه.(٢)

الشرط الثالث:أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى طلبه، فأما إذا لم يغلب على ظنه أنه يفعل ما هدده به فإنه لا يعتبر مكرهاً؛لأن ذلك التهديد لا معنى

---

(١)المبسوط للسرخسي ٣٩/٢٤، كشف الأسرار للبخاري ٣٨٢/٤، مواهب الجليل للحطاب ٤٥/٤، حاشية الدسوقي ٣٦٩/٢، بلغة السالك للصاوي ٤٥١/١، الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٢/١٠، فتح الباري لابن حجر ٣١١/١٢، المغني لابن قدامة ٣٥٣/١٠، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٢٠/٣ .

(٢)المصادر السابقة، المهذب للشيرازي ٩٩/٢.

له، فوجوده، وعدمه سواء.[١]

الشرط الرابع: أن يكون المكرَه ـ بالفتح ـ عاجزاً عن التخلص من المكرِه ـ بالكسر ـ فإن كان باستطاعته ذلك، إما بالهرب منه، أو طلب العون ممن يستطيع نصره، أو بنصحه وتخويفه بالله، ولم يفعل ذلك فلا يعدُّ مكرهاً.[٢]

الشرط الخامس: أن يكون المكرَه ـ بالفتح ـ ممتنعاً من الفعل المكره عليه قبل الإكراه غير مريد لفعله؛ لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴾ [النحل:١٠٦]. فلا بد وأن يكون كارهاً، ممتنعاً من فعله غير راضٍ، فإذا فعله راضياً، مطمئناً خرج عن الإكراه؛ لأن الله سبحانه اشترط طمأنينة القلب، ولا سلطان للمكرِه على القلب.[٣]

الشرط السادس: أن يفعل المكرَه ـ بالفتح ـ ما أكره عليه دون زيادة عليه، كأن يكره على الطلاق طلقه واحدة، فيطلق واحدة،[٤] أما إن خالف فلم يفعل عين ما أكره عليه، فإنه لا يخلو من إحدى ثلاث حالات:

الأولى: الزيادة على ما أكره عليه: مثل أن يكره على الإقرار بألف درهم فيقر بألفي درهم، وفي هذه الحالة اختلف أهل العلم رحمهم الله هل يعتبر مكرهاً فيما زاده، أم لا ؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يعتبر مكرهاً ويقع ما صدر منه، وهو مذهب الشافعية،[٥] والحنابلة،[٦] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [إنما يندفع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدل على اختياره... ولذلك صور، منها: أن يكرهه على طلقة، فيطلق ثلاثاً، أو على

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٢/١٠، المغني لابن قدامه ٣٥٣/١٠ .

(٢) المهذب للشيرازي ٩٩/٢، الحاوي الكبير للماوردي ٢٣٤/١٠، روضة الطالبين للنووي ٥٨/٨، فتح الباري لابن حجر ٣١١/١٢، شرح منتهى الإرادات ١٢١/٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٩/٢٤، كشف الأسرار للبخاري ٣٨٢/٤ .

(٤) المبسوط للسرخسي ٣٩/٢٤، مغني المحتاج للشربيني ٣٦٩/٣، المغني لابن قدامة ٣٥٣/١٠ كشاف القناع للبهوتي ٢٣٧/٥ .

(٥) روضة الطالبين للنووي ٥٦/٨، مغني المحتاج للشربيني ٣٦٩/٣ .

(٦) المغني لابن قدامة ٣٥٣/١٠، كشاف القناع للبهوتي ٢٣٧/٥

ثلاث، فيطلق واحدة، أو على طلاق زوجتين فيطلق إحداهما... ، فلا عبرة بالإكراه في كل هذه الصور، ويقع ما أتى به] اهـ [(١)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع؛ لأنه غير مكره عليه، وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثاً وقع أيضاً؛ لأنه لم يكره على الثلاث] اهـ [(٢)]

القول الثاني: يعتبر مكرهاً، ولا يعتد بمثل هذه الزيادة، وهو مذهب المالكية، رحمهم الله.[(٣)]

قال الشيخ أحمد الدردير المالكي رحمه الله: [بل لو قيل له: طلقها، فقال: هي طالق بالثلاث، لم يلزمه شيء؛ لأن المكره لا يملك نفسه حال الإكراه][(٤)] اهـ

القول الثالث: أنه لا يقع ما أكره عليه، دون ما لم يكره عليه، فيصح إقراره بألف ويبطل بالألف الثاني، وهو مذهب الحنفية، [(٥)] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [إذا زاد على ما وقع عليه الإكراه، بأن أكره على الإقرار بألف درهم فأقر بألفين، جاز إقراره بألف، وبطل بألف] اهـ [(٦)]

الأدلة:

دليل القول الأول: (يعتد بهذه الزيادة، ولا يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن مخالفته تشعر باختياره فيما أتى به؛ ولذا فلا يعتبر مكرَهاً، فيقع ما صدر منه. [(٧)]

دليل القول الثاني: (لا يتعد بهذه الزيادة، ويعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المكره لا يملك نفسه حال الإكراه، فلم يصح ما صدر منه. [(٨)]

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٥٦/٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٥٣/١٠.

(٣) حاشية الدسوقي ٣٦٦/٢، بلغة السالك للصاوي ٤٥٠/١.

(٤) الشرح الصغير للدردير ٤٥٠/١.

(٥) المبسوط للسرخسي ١٣٢/٢٤.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ١٩١/٧.

(٧) روضة الطالبين للنووي ٥٦/٨.

(٨) حاشية الدسوقي ٣٦٦/٢، بلغة السالك للصاوي ٤٥٠/١.

دليل القول الثالث: (التفريق بين ما أكره عليه، والزيادة) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الزائد على ما أكره عليه هو طائع فيه، فصح، أما ما دونه فهو مكرَه عليه فلم يصح. [١]

الثانية: النقصان عما أكره عليه: كأن يكرهه على الطلاق بالثلاث فيطلق واحدة، أو على الإقرار بألف، فيقر بخمسمائة، فقد نقص عما أكره عليه، وفي هذه الحالة اختلف في اعتباره مكرَهاً على قولين:

القول الأول: أنه لا يعتبر مكرَهاً، وهو مذهب الشافعية [٢]، رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [إنما يندفع الطلاق بالإكراه إذا لم يظهر ما يدل على اختياره... ، ولذلك صور، منها أن يكرهه على طلقة فيطلق ثلاثاً، أو على ثلاث فيطلق واحدة، أو على طلاق زوجتين فيطلق إحداهما... ، فلا عبرة بالإكراه في كل هذه الصور ويقع ما أتى به] اهـ [٣]

القول الثاني: أنه يعتبر مكرهاً، وهو مذهب الحنفية، [٤] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [فأما إذا نقص عنه بأن أكره على الإقرار بألف درهم، فأقر بخمسمائة فإقراره باطل] اهـ [٥]

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إن في نقصان المكرَه ما يشعر باختياره. [٦]

دليل القول الثاني: (يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا: إنه فعل جزء ما أكره عليه؛ فالإكراه على ألف إكراه على خمسمائة؛ لأنها بعض الألف. [٧]

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٩١/٧.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٥٦/٨.

(٣) المصدر السابق.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٩١/٧.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ١٩١/٧.

(٦) روضة الطالبين للنووي ٥٧/٨، فتح الباري لابن حجر ٣١١/١٢.

(٧) بدائع الصنائع للكاساني ١٩١/٧.

الثالثة:أن يأتي بغير ما أكره عليه:كأن يكره على تطليق مبهمة،فيطلق معينة،أو أكره على الإقرار بألف درهم،فأقر بمائة دينار،فهل إذا فعل ذلك يعتبر مكرهاً،أم لا؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة على قولين:

القول الأول:أنه يعتبر غير مكره،وهو مذهب الحنفية،[1] والشافعية،[2] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[إذا عدل المكره إلى غير ما وقع عليه الإكراه بالفعل جاز ما فعل] اهـ[3]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[ولو أكره على طلاق إحدى زوجتيه،فطلق واحدة بعينها وقع على المذهب] اهـ[4]

القول الثاني:أن المكره في هذه الحال يعتبر مكرهاً،وأن تصرفه لا يقع،وهو مذهب للحنابلة،[5] رحمهم الله.

قال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله:[ومن أكره على طلاق مبهمة فطلق معينة لم يقع] اهـ[6]

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يعتبر مكرَهاً) استدلوا بالعقل فقالوا:إن المكرَه طائع،مختار فيما عدل إليه،فكان غير مكرَه.[7]

دليل القول الثاني: (يعتبر مكرَهاً)استدلوا بالعقل فقالوا:ليس هناك قرينة تدل على اختياره،فالمبهمة التي أكره على طلاقها تصدق على المعينة.[8]

الترجيح:

---

(١)المصدر السابق.

(٢)روضة الطالبين للنووي٨/٥٦.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٩٠.

(٤)روضة الطالبين للنووي٨/٥٦.

(٥)كشاف القناع للبهوتي ٥/٢٣٧،شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/١٢١.

(٦)الإقناع للحجاوي٤/٤.

(٧)بدائع الصنائع للكاساني٧/١٩٠،روضة الطالبين للنووي٨/٥٦.

(٨)كشاف القناع للبهوتي ٥/٢٣٧.

الذي يترجح، والعلم عند الله تعالى، هو القول بأنه يشترط في الإكراه أن يكون مطابقاً لما أكره عليه، دون زيادة أو نقصان أو تغيير؛ ذلك أن مخالفته لما أكره عليه تخرجه عن الرخصة، وتبقيه على حكم الأصل، ويكون في حكم المختار.

هذه هي الشروط التي يجب توفرها في الإكراه حتى يكون مانعاً للزوم العقد، فإذا تخلف أحد هذه الشروط لم يحكم بكون الشخص مكرَهاً، بل يبقى ملزَماً بالعقد، ومطالباً بالوفاء بما التزم به، وهذه الشروط فيها حماية لحقوق المتعاقدين، ومصالحهم؛ لأن إدعاء الإكراه دون تحقيق لشروطه يفتح الباب أمام المتلاعبين في العقود، ويسهل لهم الخلاص من تبعات الالتزامات التي تترتب على العقود، وعن طريق هذه الشروط يمكننا أن نحقق الرخصة الشرعية المبنية على وجود الإكراه، فتكون بذلك واقعة في موقعها.

المبحث الثاني

المانع الخاص للزوم العقد (الخيار)

يشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الخيار.

المطلب الثاني: أنواع الخيار وأثرها في منع لزوم العقد.

المطلب الأول

تعريف الخيار

في اللغة: الخيار اسم مصدر من الاختيار، يقال خار الشيء، واختاره إذا انتقاه، ومنه قولهم: خيرته بين الشيئين؛ أي: فوضت إليه الخيار؛ لينتقي واحداً منهما. [١]

فالخيار إذاً تفويض الأمر لصاحب الشأن، ليختار، وينتقي من الأمور ما يراه مناسباً، وفيه الخير الذي تتحقق به مصالحه.

وفي الاصطلاح: طلب خير الأمرين من الإمضاء والفسخ. [٢]

فالعاقدان في سعة من أمرهما، فلهما أن يختارا الاستمرار في العقد، أو عدمه.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٢٦٤/٤، المصباح المنير للفيومي ٦٩.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٣/٤، مغني المحتاج للشربيني ٥٩/٢، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤١٣/٤

المطلب الثاني

أنواع الخيار وأثرها في منع لزوم العقد

من تعريف الخيار يتبين لنا أنه مؤثر في لزوم العقد، والشارع الحكيم أثبته للمتعاقدين رفقاً بهما، وتحصيلاً لمصالحهما، فأعطاهما مهلة النظر؛ ليتأملا فيما اتفقا عليه، ويشاورا من عنده علم، وخبرة، فيتوصلا إلى خير الأمرين، من إمضاء العقد، أو فسخه، فإذا أقدما على إمضائه، واختارا البقاء على ما اتفقا عليه، فإنه يزول الخيار، ويبقى العقد على أصله الموجب للزومه .[١]

والخيار بأنواعه يرجع إلى أمرين:

الأول:خيار التروي: وهو مالا يقف على فوات وصف، ويكون سببه أحد المتعاقدين، ويسمى كذلك الخيار الشرطي. والتروي هو التفكر في الأمر، والنظر فيه .

الثاني:خيار النقص: أو الخيار الحكمي، وهو ضربان:

الضرب الأول: ما ثبت بفوات أمر مظنون؛ نشأ الظن فيه من التزام شرطي، أو قضاء عرفي، أو تغرير فعلي .

الضرب الثاني: ما ثبت عن غبن فاحش.[٢]

وهذه الخيارات منها: ما يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاده، وهو خيار الشرط حيث إنه يوجب منع ثبوت حكم العقد، ففي البيع مثلاً يمنع خروج المبيع عن ملك البائع إلى ملك المشتري، ومنها: ما يمنع تمام الحكم بعد ثبوته، كخيار الرؤية حيث يمنع تمام حكم العقد، حتى تحصل الرؤية على الصفة المتفق عليها، ففي البيع مثلاً يمنع من إتمام الحكم بخروج المبيع من ملكية البائع، إلى ملكية المشتري، حتى يرى المشتري المبيع الغائب على الصفة التي اتفق عليها بين الطرفين، ومنها: ما يمنع لزوم العقد، كخيار العيب.[٣]

وبيان هذه الأنواع وأثرها في لزوم العقد يتضح من خلال المقاصد التالية:

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٤٢/٢، بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٨/٥، المنثور في القواعد للزركشي ١٤٦/٢ .

(٢) عقد الجوهر الثمينة لابن شاس ٤٥٥/٢، ٤٦٨، مواهب الجليل للحطاب ٤٠٩/٤، مغني المحتاج للشربيني ٥٩/٢ .

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٧٦/٦.

المقصد الأول:خيار المجلس .

المقصد الثاني: خيار الشرط.

المقصد الثالث: خيار التعيين.

المقصد الرابع: خيار الرؤية.

المقصد الخامس: خيار العيب.

المقصد السادس: خيار غبن المسترسل.

المقصد الأول

خيار المجلس

وهو أن يكون لكل من العاقدين إمضاء العقد، وفسخه ما لم يتفرقا عن مجلس العقد.

فهذا الخيار مرتبط بانتهاء مجلس التعاقد فإذا تفرقا عنه زال هذا النوع من الخيار، ومجلس العقد هو ما يتم فيه التعاقد، سواء كانا في سوق، أو منزل، وسواء كانا راكبين، أو ماشيين، أو جالسين، ولهذا فإن أكثر أهل العلم[١] رحمهم الله يطلقون عليه خيار المجلس؛ استناداً إلى أن الخيار مرتبط بمجلس العقد، بينما يطلق بعض العلماء[٢] رحمهم الله على هذا الخيار بأنه خيار المتبايعين؛ أخذاً من قول المصطفى صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر رضي الله عنهما (إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا)[٣]، فقد جعل الخيار لهما حتى يفترقا .

مشروعية خيار المجلس:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في ثبوت خيار المجلس في عقد البيع على قولين:

القول الأول: أن عقد البيع لا يلزم بمجرد الصيغة، بل هو متوقف على الافتراق، فخيار المجلس معتد به، ومؤثر في اللزوم، وهو مذهب الشافعية،[٤] والحنابلة،[٥] وبعض المالكية،[٦] رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [ما يدخله خيار المجلس بغير شرط، وخيار الثلاث بالشرط، وهو سائر البياعات] اهـ[٧]

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٢٨، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩، روضة الطالبين للنووي ٣/٤٣٤، كشاف القناع للبهوتي ٣/١٩٨ .

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٢٩، المغني لابن قدامة ٦/١٠ .

(٣) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، صحيح البخاري ٣/١٧، ومسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين صحيح مسلم ٥/٩ .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠، المنثور في القواعد للزركشي ٢/١٤٦ .

(٥) المغني لابن قدامة ٦/١٠، الروض المربع بحاشية ابن قاسم ٤/٤١٤ .

(٦) الذخيرة للقرافي ٥/٢٠، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩ .

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [أن البيع ينعقد جائزاً، ولكل من المتبايعين الخيار في فسخ البيع ما داما مجتمعين؛ ما لم يتفرقا] اهـ [(١)]

وقال الإمام أبو عبدالله الحطاب المالكي رحمه الله: [ونبه المصنف بأداة الحصر على أن خيار التروي إنما يكون بالشرط؛ أي: بأن يشترطه أحد المتبايعين، أو كلاهما؛ لا بالمجلس كما يقوله ابن حبيب[(٢)]] اهـ [(٣)]

القول الثاني: أن عقد البيع لازم بمجرد الصيغة، ولا يتوقف على التفرق، فخيار المجلس لا يعتد به، ولا أثر له في اللزوم، وهو مذهب الحنفية،[(٤)] والمالكية،[(٥)] رحمهم الله.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [.. أن خيار المجلس ليس بثابت عندنا] اهـ [(٦)]

وقال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله: [وخيار المجلس عندنا باطل، والبيع لازم بمجرد العقد] اهـ [(٧)]

الأدلة:

دليل القول الأول: (خيار المجلس ثابت للمتعاقدين) استدل أصحاب هذا القول بالسنة، والأثر، والعقل.

أما دليلهم من السنة فحديثان:

الحديث الأول: عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله علية وسلم

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/١٠.

(٢) هو الإمام أبو مروان عبدالملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمي الأندلسي القرطبي، ولد بعد سنة ١٧٠هـ، كان موصوفاً بالحذق في الفقه، كبير الشأن، بعيد الصيت، قيل لسحنون: مات ابن حبيب. قال: مات عالم الأندلس، بل والله عالم الدنيا، كانت وفاته سنة ٢٣٨هـ. (سير أعلام النبلاء للذهبي ١٢/١٠٢، ميزان الاعتدال للذهبي ٤/٣٩٥).

(٣) مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٢٨، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٦٥.

(٥) الذخيرة للقرافي ٥/٢٠، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٢٨.

(٧) الذخيرة للقرافي ٥/٢٠.

قال:(إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خياراً)[1] وفي رواية (البَّيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه:اختر ..) [2] وفي رواية ثالثة:(إذا تبايع المتبايعان بالبيع فكل واحد منهما بالخيار من بيعه؛ما لم يتفرقا). [3]

الحديث الثاني:حديث حكيم بن حزام رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(البَّيعان بالخيار، ما لم يفترقا). [4]

ووجه الاستدلال:أن المصطفى صلى الله علية وسلم اثبت الخيار للمتبايعين، وذلك بعد حصول الإيجاب، والقبول، ويؤيد ذلك أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية ابن عمر رضي الله عنهما: (في بيعهما) وفي حديث حكيم رضي الله عنه: (من بيعه) ، فدل على حصول البيع، وبقاء الخيار لهما حتى يفترقا، وبهذا ظهرت مشروعية خيار المجلس، وتوقف لزوم العقد على حصول الافتراق عن المجلس.

وقد اعترض على هذا الدليل باعتراضين:

الأول:أن المتبايعين في الحديث هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع .

الثاني:أن التفرق هنا المراد به تفرق الأقوال، وليس المراد به تفرق الأبدان، كما قال تعالى: ﴿ وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ ﴾ [النساء: ١٣٠]،وقوله صلى الله علية وسلم كما في حديث أبي هريرة رضي الله عنه:(افترقت اليهود على إحدى، أو اثنتين وسبعين فرقة، وتفرقت النصارى على إحدى، أو اثنتين وسبعين فرقة وتفترق أمتي على ثلاثة وسبعين فرقة).[5] فالتفرق هو التفرق بالأقوال، والاعتقادات وليس بالأبدان فيحمل تفرق المتبايعين عليه.

---

(١)تقدم تخريجه ص ٥١٧.

(٢)رواه البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار، صحيح البخاري ١٧/٣.

(٣)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب البيعان بالخيار ما لم يتفرقا ١٧/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس ٩/٥.

(٤)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار ١٧/٣، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس ١٠/٥.

(٥)رواه أبو داود، في كتاب السنة، باب شرح السنة، سنن أبي داود ١٩٧/٤، والترمذي في كتاب الإيمان، باب ما جاء في افتراق هذه الأمة ،وقال: (حديث حسن صحيح) سنن الترمذي ٢٥/٥، وابن ماجة في كتاب الفتن، باب افتراق الأمم، سنن ابن ماجة ١٣٢١/٢، والدارمي في كتاب السير، باب في افتراق هذا الأمة، سنن الدارمي ٢٤١/٢، وقال محقق جامع الأصول الشيخ عبد القادر الأرنؤوط بعد ذكره تصحيح الترمذي : (وهو كما قال)جامع الأصول لابن الأثير ٢٣/١٠.

وأما دليلهم من الأثر فقد ثبت أن جملة من الصحابة رضي الله عنهم روي عنهم القول بخيار المجلس، منهم أمير المؤمنين علي بن أبي طالب، وأبو برزة الأسلمي، وأبو هريرة، وعبدالله بن عباس، وعبد الله بن عمر، رضي الله عنهم، كما روي عن عبدالله بن عمر، وأبي برزة الأسلمي رضي الله عنهم فعل ذلك، والقضاء به.(١)

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن الحاجة تدعو لذلك فإن الإنسان قد يتصرف بالبيع ونحوه ثم يندم، ويحتاج إلى تدارك ذلك بالفسخ فشرع خيار المجلس لذلك، يقول الإمام العز بن عبد السلام رحمه الله: [لكن دخل في البيع خيار المجلس على خلاف قاعدته؛ لأن الحاجة تمس إليه فجاز مع قصر مدته] اهـ (٢)

دليل القول الثاني (خيار المجلس غير مشروع للمتعاقدين، ولا يؤثر في لزوم العقد)

استدل أصحاب هذا القول بالكتاب، والسنة، والإجماع، والعقل.

أما دليلهم من الكتاب: فقد استدلوا بثلاث آيات، وهي:

الأولى: قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء:٢٩]

وجه الدلالة: إباحته سبحانه وتعالى الأكل بالتجارة بشرط وجود التراضي مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد، فإذا صدر الإيجاب، والقبول كانت تجارة عن تراضٍ غير متوقف على التخيير، فجاز للمشتري الأكل قبل التخيير من صاحبه.(٣)

الثانية: قال تعالى: ﴿ وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡۚ ﴾ [البقرة:٢٨٢]

وجه الدلالة: أنه سبحانه وتعالى أمر بالتوثيق بالشهادة؛ حتى لا يقع التجاحد للبيع، فلو كان لأحدهما الفسخ بعد العقد المشهود عليه لم يحصل الاستيثاق، ولبطلت فائدة الإشهاد.(٤)

الثالثة: قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١].

---

(١) صحيح البخاري ١٨،١٧/٣، صحيح مسلم ١٠/٥، المغني لابن قدامة ١٠/٦، المجموع للنووي ٢١٨/٩، نيل الأوطار للشوكاني ٢١٠/٥.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٢/ ١٢٥، بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٨/٥ .

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٨/٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٩/٦ .

(٤) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٣٩/٦، الحاوي الكبير للماوردي ٣٠/٥.

وجه الدلالة :أن العقد هو الإيجاب،والقبول،والأمر على الوجوب،وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد. [١]

وأما دليلهم من السنة فحديث عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(المتبايعان كل واحد منهما بالخيار ما لم يفترقا إلا أن يكون صفقة خيار،ولا يحل له أن يفارق صاحبه؛خشية أن يستقيله). [٢]

وجه الدلالة :أنه لو كان لأحدهما الفسخ من غير استقالة لم يكن لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الافتراق خشية الاستقالة معنىً،فدل على أن الفسخ لا يستحق إلا بالاستقالة. [٣]

وأما دليلهم من الإجماع:فهو خاص بمذهب المالكية رحمهم الله الذين يرون حجية إجماع أهل المدينة[٤] ،فقالوا :إن عمل المدينة مقدم على خبر الواحد،والبيع يقع في المدينة،ومع ذلك لم يعملوا بخيار المجلس في عقده،وهذا بإجماعهم،والإجماع حجة قاطعة،وخبر الآحاد ظن،فتقدم الحجة القاطعة على الحجة الظنية . [٥]

وأما دليلهم من العقل فمن وجهين:

الوجه الأول:(القياس) حيث قالوا :إن البيع عقد معاوضة كالنكاح،والنكاح يلزم بمجرد العقد ،فكذا سائر عقود المعاوضات.[٦]

الوجه الثاني:(النظر)حيث قالوا :إن البيع صدر من العاقدين مطلقاً عن شرط،والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال،فالفسخ من أحدهما يكون تصرفاً في العقد الثابت بتراضيهما،أو في حكمه بالرفع،والإبطال من غير رضا الآخر،وهذا لا يجوز. [٧]

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد ٢٩/٥،المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٤٢/٢،الذخيرة للقرافي ٢٢/٥ .

(٢)رواه الإمام أحمد في المسند ١٨٣/٢،وأبو داود،كتاب البيوع،باب في خيار المتبايعين،سنن أبي داود ٢٧٣/٣،والترمذي،كتاب البيوع،باب ما جاء في البيعين بالخيار ما لم يفترقا،وقال : (هذا حديث حسن) سنن الترمذي ٥٥٠/٣،والنسائي في كتاب البيوع،باب وجوب الخيار للمتبايعين قبل افتراقهما بأبدانهما،سنن النسائي ٢٥١/٧ ، ،وقال محقق جامع الأصول بعد ذكره تحسين الترمذي له : (وهو كما قال) جامع الأصول ٥٧٧/١ .

(٣)الحاوي الكبير للماوردي ٣٠/٥،الذخيرة للقرافي ٢١/٥.

(٤)إجماع أهل المدينة حجة عند المالكية رحمهم الله . حاشية البُناني على شرح الجلال المحلي١٧٩/٢.

(٥)الذخيرة للقرافي ٢٣/٥،بداية المجتهد لابن رشد ٢٧/٥ .

(٦)المعونة للقاضي عبدالوهاب ١٠٤٢/٢،بداية المجتهد لابن رشد ٣٠/٥ .

(٧)بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٨/٥ .

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بمشروعية خيار المجلس للمتبايعين؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من السنة، والأثر، والعقل.

ثانياً: أما اعتراض أصحاب القول الثاني بأن المراد بالمتبايعين في الحديث المتساومان فيجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أن حمل لفظ المتبايعين على المتساومين من باب المجاز[1]؛ لأنه صرف للفظ عن معناه الحقيقي الدال على المتبايعين حقيقة، لا المتساومين، والحمل على الحقيقة مقدم على الحمل على المجاز.[2]

الوجه الثاني: يلزم من قولكم أن يكون الحديث لا فائدة فيه؛ لأنه معلوم من دين الأمة أنهما بالخيار، إذا لم يقع بينهما عقد بالقول.[3]

ثالثاً: أما اعتراضهم بأن المراد بالتفرق التفرق بالأبدان، وليس بالأقوال، فيجاب عنه من وجوه:

الوجه الأول: أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه؛ إذ ليس بين المتبايعين تفرق بقول، ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن، والمبيع بعد الاختلاف فيه.

الوجه الثاني: أن هذا التفسير يبطل فائدة الحديث، إذ قد علم أن المتساومين بالخيار قبل العقد في إتمامه، أو تركه.

الوجه الثالث: أن هذا التفسير يرده تفسير ابن عمر، وأبي برزة رضي الله عنهم راويي الحديث، وكان ابن عمر رضي الله عنهما إذا بايع رجلاً مشى خطوات ليلزم البيع، وهذا يدل على أن المراد بالتفرق إنما هو التفرق بالأبدان، وراوي الحديث أدرى بما روى.[4]

---

(١) المجاز: اسم لما أريد به غير ما وضع له لمناسبة بينهما، كتسمية الشجاع أسداً. التعريفات للجرجاني ٢١٤.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٣١/٤.

(٣) بداية المجتهد لابن رشد ٣٠/٥.

(٤) المغني لابن قدامة ١١/٦، المجموع للنووي ٢٢٢/٩.

الوجه الرابع: أن هذا تفسير مستحدث، يدفعه إجماع السلف؛ لأن كل من تقدم من السلف حمله على التفرق بالأبدان، ولم يحفظ عن واحد من الصحابة رضي الله عنهم، ولا من التابعين رحمهم الله حمل التفرق على تفرق الأقوال.[1]

رابعاً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بظواهر الآيات الثلاث فيجاب عنه بالآتي:

الجواب الأول: أن في ترك الأحاديث الثابتة بظواهر هذه الآيات إثباتاً للنسخ بالاحتمال، والنسخ لا يثبت به.[2]

الجواب الثاني: أن هذه الآيات عامة، وهي مخصوصة بما ذكر من الأدلة على إثبات الخيار.[3]

الجواب الثالث: أن المراد بالإشهاد، والوفاء بالعقد ما بعد الافتراق في الحال التي يلزم فيها العقد، و يكون وثيقة فيه، كما أن الإشهاد في خيار الثلاث يكون بعد تقضي الثلاث، ولا يمنع أن يكون ذلك إشهادًا على العقد، وكونه وثيقة فيه.[6]

خامساً: أما استدلالهم بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فيجاب عنه بما قاله الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله [إن لهذا اللفظ ظاهرين:

أحدهما: حجة عليهم .

والثاني: حجة لهم .

فقوله: (ولا يحل له أن يفارقه) حجة عليهم؛ لأنه يدل على أن البيع لم يقع لازماً، وأن فيه خياراً يسقط بالتفرق .

وقوله (خشية أن يستقيله) حجة لهم؛ لأنه يدل على أن الخيار لا يُسْتَحق إلا بالإقالة فلم يكن بد من تغليب أحد الظاهرين؛ لتعارضهما، فكان تغليب الظاهر في إثبات الخيار أحق لأمرين:

أحدهما: أن أول الخبر يقتضيه وهو قوله : (المتبايعان بالخيار، ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقه خيار).

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٤.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٤/ ٢٣٠.

(٥) المجموع للنووي ٩/ ٢٢٢.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٦.

والثاني:أن الإقالة لا تختص بمجلس التبايع،وتبطل بالتفرق؛لجوازها بعد الافتراق،كجوازها قبله][1]اهـ

سادساً:أما استدلالهم بإجماع أهل المدينة فيجاب عنه بجوابين:

الأول:لا نسلم لكم قبول ذلك فإن إجماع أهل المدينة مختلف في الاستدلال به،ونحن لا نقول به [2] .

الثاني:لا نسلم لكم حصول هذا الإجماع من أهل المدينة،فإن من أهل المدينة من قال بهذا الخيار،فقد ورد عن أكابر من علماء المدينة القول به[3]،منهم ابن عمر رضي الله عنهما،وسعيد بن المسيب،[4]والزهري،[5]وابن أبي ذئب،[6]رحمهم الله.

سابعاً:أما استدلالهم بالعقل في الوجه الأول بقياس البيع على النكاح فيجاب عنه بعدم صحة قياس عقود المعاوضات المالية على النكاح في الخيار من وجوه:

الوجه الأول:أن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد رويّة ونظر،فلا يحتاج إلى الخيار بعده،بخلاف البيع الذي يكثر فيه الاستعجال،وعدم التروي،ويعظم فيه الغرر.

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٦،ينظر فتح الباري لابن حجر٤/٣٣١.

(٢)روضة الناظر لابن قدامة١/٣٦٣،جمع الجوامع للسبكي٢/١٧٩.

(٣)فتح الباري لابن حجر ٤/٣٣٠.

(٤)هو الإمام أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي،ولد سنة ١٥هـ،وقيل:غير ذلك،عالم أهل المدينة،وسيد التابعين في زمانه،قال ابن عمر رضي الله عنه: (هو والله أحد المفتين)اهـ كان من أزهد الناس،ومن أكثر الناس أدباً في الحديث،أثنى عليه كثير من العلماء رحمهم الله،توفي رحمه الله سنة ٩٤هـ،وقيل غير ذلك.(الطبقات الكبرى لابن سعد ٥/١١٩،البداية والنهاية لابن كثير٩/٩٩،سير أعلام النبلاء للذهبي٤/٢١٧).

(٥)هو الإمام أبو بكر محمد بن مسلم بن عبيد الله بن عبدالله بن شهاب القرشي الزهري،ولد سنة٥٨هـ،وقيل:غير ذلك ،أحد الأعلام من أئمة الإسلام،كان أحسن الناس حديثاً،وأجود الناس إسناداً،قال عنه سفيان رحمه الله:كان الزهري أعلم أهل المدينة،توفي رحمه الله سنة١٢٤هـ وقيل غير ذلك.(حلية الأولياء للأصفهاني٣/٣٦٠،البداية والنهاية لابن كثير٩/٣٤٠،سير أعلام النبلاء للذهبي٥/٣٢٦).

(٦)هو الإمام أبو الحارث محمد بن عبدالرحمن بن المغيرة بن الحارث بن أبي ذئب القرشي العامري،ولد سنة٨٠هـ،كان رجلاً صالحاً،قوالاً بالحق،ورعاً،قليل الكلام،قال الزبيدي: (كان ابن أبي ذئب فقيه المدينة) قدم بغداد،ثم رجع إلى الكوفة،فمات رحمه الله بها سنة١٥٩هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي٧/١٣٩، تاريخ الإسلام للذهبي٩/٦٠٠).

الوجه الثاني:أن في ثبوت الخيار في النكاح مضرة؛لما يترتب عليه من رد المرأة بعد تبذلها بالعقد،وذهاب حرمتها بالرد،والنظر إليها،وإلحاقها بالسلع المبيعة،فلم يثبت فيه الخيار لذلك.[1]

الوجه الثالث:أن النكاح عقد تبتغي به الوصلة،دون المعاوضة،فلم يثبت فيه الخيار الذي شرع من أجل تحصيل أوفر الأعواض،ولهذا المعنى لم تكن الرؤية شرطاً في صحته.[2]

ثامناً:أما استدلالهم من العقل في الوجه الثاني فيجاب عنه:بأن الملك لم يثبت في العوضين إلا بعد التفرق،بدليل ما تقدم،فرفع الحكم،وإبطال ما تم التعاقد عليه،إنما كان من قبل الشارع الحكيم،ولا ينظر إلى رضا العاقد من عدمه في مثل هذه الحالة.

وبهذا ظهر أن خيار المجلس ثابت ومشروع في حق المتبايعين،وإن لم يشترط ذلك أحدهما،فلكل منهما أن يفسخ العقد برجوعه عنه ما دام أنهما في مجلس العقد،ولم يتفرقا.

العقود التي يشرع فيها خيار المجلس:

إذا كان خيار المجلس من الأمور المشروعة للعاقدين،فإن العقود ليست على درجة واحدة في قبولها لخيار المجلس،بل منها ما يشرع فيه خيار المجلس،ومنها ما ليس كذلك،وهذا راجع إلى صفة العقد من حيث اللزوم،وعدمه،وإلى قصد العوض فيه،وعدم قصده،فإن العلماء رحمهم الله قد ذكروا أقسام العقود،وقبولها للخيارات بما فيها خيار المجلس،وإليك تفصيل ذلك:

أولاً:العقود المتفق على دخول خيار المجلس فيها :

وهي عقود البيوع،وما في معناها،فخيار المجلس يثبت لكل من المتبايعين عند من قال بمشروعية هذا الخيار،فإذا انتهى مجلس التعاقد،دون خيار،فقد لزم العقد.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[ما يدخله خيار المجلس بغير شرط وهو سائر البياعات][3]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[خيار المجلس:ويثبت في البيع،والصلح

---

(١)المغني لابن قدامة ١٢/٦.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي ٣٧/٥ .

(٣)الحاوي الكبير للماوردي٣٠/٥.

بمعناه][1]اهـ

ثانياً:العقود المتفق على عدم دخول خيار المجلس فيها:

لا يدخل خيار المجلس في عقد النكاح،والخلع،الوقف،والهبة لغير الثواب،والعتق على مال،فإذا صدرت لزمت،فلا يمكن فسخ أحد هذه العقود.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[ما لا يثبت فيه الخيار لواحد من المتعاقدين بحال لا في المجلس،ولا بالشرط .. النكاح،والخلع][2]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[ولا يثبت خيار المجلس في صلح الحطيطة،ولا في الإبراء][3]اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله:[و لا في النكاح، والوقف، والخلع،والإبراء،والعتق على مال][4]اهـ

كما أن خيار المجلس لا يدخل على العقود الجائزة:لأن من صفة العقد الجائز أن كلاً من طرفي العقد له الحق في الفسخ متى شاء[5]،فهو مستغنٍ بصفة الجواز عن الخيار،فإن شعر أحد العاقدين بغبن،أو ندم فله الرجوع في ذلك،وإن لم يكن هناك خيار مجلس،وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم رحمهم الله القائلين بخيار المجلس،ولو شرط فيها إسقاط الخيار بطلت،لأنها تصير بإسقاط الخيار لازمة وهي عقود جائزة غير لازمة.[6]

ثالثاً:العقود المختلف في دخول خيار المجلس فيها:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في بعض العقود هل يدخلها خيار المجلس أم لا؟وتفصيل ذلك فيما يأتي:

الأول:عقد الإجارة:

اختلف في مشروعية خيار المجلس في الإجارة على قولين:

---

(١)المقنع لابن قدامة٢/ ٣٣.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي٥/ ٢٩.

(٣)المجموع للنووي٩/ ٢٠٩.

(٤)الإقناع للحجاوي٢/ ٨٤.

(٥)ينظر ص ٣٩.

(٦)الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٩،المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩،المجموع للنووي ٩/ ٢٠٧.

القول الأول:أن خيار المجلس يشرع في الإجارة،وهو مذهب الحنابلة [١]،ووجه عند الشافعية [٢]،رحمهم الله.

قال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله:[خيار المجلس ،فيثبت ولو لم يشترطه في البيع،والشركة فيه،وفي الصلح على مال،والإجارة..] اهـ [٣]

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[ما لا يدخله خيار الشرط،واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس على وجهين] اهـ وذكر منها عقد الإجارة. [٤]

القول الثاني:أن خيار المجلس لا يشرع في الإجارة،وهو وجه عند الشافعية[٥]،رحمهم الله،وقد تقدم ما يدل عليه.

الأدلة:

دليل القول الأول:(يشرع خيار المجلس في الإجارة)يستدل لهم بقياس الإجارة على البيع،بجامع أن كلاً منهما بيع،فالبيع يكون للعين،والإجارة تكون للمنفعة.

دليل القول الثاني:(لا يشرع في الإجارة خيار المجلس)

استدلوا بالعقل فقالوا :إن الإجارة غرر؛إذ هي عقد على معدوم،والخيار غرر،فلا يضم غرر إلى غرر. [٦]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،و العلم عند الله،هو القول بمشروعية خيار المجلس في الإجارة؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً :أما ما استدل به أصحاب القول الثاني من العقل فيجاب عنه بأنه لا يسلم بأن الخيار غرر،فإن خيار المجلس شرع لدفع الغرر،والضرر عن المتعاقدين،ثم إنه مرتبط

---

(١)المغني لابن قدامة٦/٤٨،كشاف القناع للبهوتي٣/١٩٩.

(٢)الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٠،مغني المحتاج للشربيني٢/٦١.

(٣)الإقناع للحجاوي٢/٨٤.

(٤)الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٠.

(٥)الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٠،مغني المحتاج للشربيني٢/٦١.

(٦)مغني المحتاج للشربيني٢/٦١.

بوجودهما في مجلس التعاقد، فلا يترتب عليه غرر، حتى يكون فيه ضم غرر إلى الغرر الموجود في الإجارة.

ثالثاً: أن الإجارة يقصد منها المعاوضة، ففي مشروعية الخيار فيها فتح لباب الرجوع في العقد في حالة الندم، وذلك فائدة خيار المجلس [(١)].

الثاني: عقدي الصرف والسلم:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار المجلس في هذين العقدين على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس مشروع فيهما، وهو مذهب الشافعية، [(٢)] والحنابلة[(٣)]، رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [ما لا يدخله خيار الشرط، ويدخله خيار المجلس قولاً واحداً، وهو ما كان القبض قبل الافتراق شرطاً في صحته، وذلك عقدان الصرف والسلم] اهـ [(٤)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ما يشترط فيه القبض في المجلس كالصرف، والسلم.. ، ويثبت فيه خيار المجلس في الصحيح من المذهب.. ، وعنه لا يثبت] اهـ[(٥)]

القول الثاني: أن خيار المجلس لا يشرع فيهما، وهو رواية عند الحنابلة، [(٦)] رحمهم الله، وقد تقدم ما يدل على ذلك.

الأدلة:

دليل القول الأول: (يشرع الخيار فيهما) استدلوا بالنقل، والعقل.

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٥/٣٠.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/٦٠.

(٣) المغني لابن قدامة ٦/٤٩، الإقناع للحجاوي ٢/٨٣.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠.

(٥) المغني لابن قدامة ٦/٤٩.

(٦) المصدر السابق.

أما دليلهم من النقل: فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله علية وسلم: (إن المتبايعين بالخيار في بيعهما ما لم يتفرقا، أو يكون البيع خياراً).[(١)]

وجه الدلالة: عموم هذا الخبر، فهو يشمل الصرف، والسلم، لاسيما وأنهما من البيوع، إلا أنهما اختصا باسم خاص، فكان خيار المجلس مشروعاً فيهما.

أما دليلهم من العقل: فقالوا: إن خيار المجلس شرع لأجل النظر في الحظ في المعاوضة، وهو موجود في هذين العقدين[(٢)] .

دليل القول الثاني: (لا يشرع فيهما خيار المجلس) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هذين العقدين لا يدخلهما خيار الشرط، فكذلك خيار المجلس.[(٣)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بمشروعية خيار المجلس في عقدي الصرف، والسلم؛ لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيقال: إن خيار المجلس ليس كخيار الشرط؛ ذلك أن خيار الشرط يُبقي بين العاقدين ارتباطاً فلا يكون العقد على البتات، وأما خيار المجلس فينتهي بفضِّ المجلس، فلا يقاس أحدهما على الآخر.[(٤)]

الثالث: عقد الرهن والضمان والكفالة:

اختلف العلماء رحمهم الله في عقود الرهن، والضمان، والكفالة هل يدخلها خيار المجلس أو لا ؟ وذلك على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس لا يشرع في هذه العقود، والتي تكون جائزة لأحد

---

(١) تقدم تخريجه ص ٥١٧.

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق .

(٤) المصدر السابق.

الطرفين، وهو مذهب الشافعية، [١] والحنابلة، [٢] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [العقود الجائزة إما من الطرفين .. ، وإما من أحدهما كالضمان، والرهن، والكتابة فلا خيار فيها كلها] اهـ [٣]

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله: [و لا يثبت في بقية العقود.. الرهن، والضمان، والكفالة] اهـ [٤]

القول الثاني: أن خيار المجلس يشرع في مثل هذه العقود، فالخيار ثابت للمرتهن، وللمضمون له، وللمكفول له، وهو وجه في مذهب الشافعية، لكن ضعفه الإمام محيي الدين النووي رحمه الله.[٥]

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [وهو ما كان لازماً من جهة أحد المتعاقدين دون الآخر، فهو ثلاثة عقود: الرهن، والضمان، والكتابة، فالخيار فيها ثابت للمرتهن دون الراهن، وللمضمون له، دون الضامن، وللمكاتب، دون السيد] اهـ [٦]

الأدلة:

إنما اطلعت على دليل القول الأول، وقد استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن العاقدين بإمكانهما الفسخ دون خيار، ففي الرهن يكون المرتهن قد استغنى بالجواز في حقه عن ثبوت خيار آخر، وأما الراهن فإنه استغنى بثبوت الخيار له إلى أن يقبض، [٧]

الوجه الثاني: أن الضامن، والكفيل قد دخلا متطوعين راضيين بالغبن. [٨]

الترجيح:

---

(١) المجموع للنووي ٩/ ٢٠٧.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩.

(٣) المجموع للنووي ٩/ ٢٠٧.

(٤) الإقناع للحجاوي ٢/ ٨٣.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٩، المجموع للنووي ٩/ ٢٠٧ .

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٩.

(٧) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩، المجموع للنووي ٩/ ٢٠٧.

(٨) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩ .

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم مشروعية خيار المجلس في العقود التي تكون لازمة من طرف واحد؛ لما ذكروه من أدلة.

الرابع: عقد المساقاة، والمزارعة، والحوالة، والشفعة:

اختلف العلماء رحمهم الله في مشروعية خيار المجلس في هذه العقود على قولين:

القول الأول: أن خيار المجلس مشروع فيها، وهو وجه عند الشافعية[1]، والحنابلة[2]، رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [ما يدخله خيار الشرط، واختلف أصحابنا في دخول خيار المجلس فيه على وجهين، وذلك ثلاثة عقود: الإجارة، والمساقاة، والحوالة..] اهـ[3]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [..كالمساقاة والمزارعة والظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار. وقيل: هما لازمان ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان.. كالحوالة والشفعة فلا خيار فيهما.. ويحتمل أن يثبت الخيار للمحيل، والشفيع] اهـ[4]

القول الثاني: أن خيار المجلس لا يشرع في هذه العقود، وهو مذهب الحنابلة،[5] ووجه عند الشافعية،[6] رحمهم الله، وقد سبق ما يدل على ذلك.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، و العلم عند الله، هو القول بمشروعية خيار المجلس في هذه العقود، فأما المساقاة، والمزارعة، فهما عقدان لازمان على منفعة، فأشبهتا الإجارة، وأما الحوالة، والشفعة، فلأنهما يقصد بهما العوض، فأشبهتا البيع.[7]

الخامس: هبة الثواب:

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٦١.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٠.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٩.

(٥) الإقناع للحجاوي ٢/ ٨٣.

(٦) الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٣٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٦١.

(٧) المغني لابن قدامة ٦/ ٥٠.

اختلف في مشروعية خيار المجلس في هبة الثواب على قولين:

القول الأول:أن خيار المجلس يشرع في هبة الثواب،وهو الصحيح عند الشافعية،[١] ورواية عند الحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[و لا خيار في الإبراء،والنكاح،والهبة بغير ثواب،وكذا ذات الثواب.. في الأصح] اهـ [٣]

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله في خيار المجلس:[فيثبت،ولو لم يشترطه في البيع.. ،وفي الهبة إذا شرط فيها عوضاً معلوماً] اهـ [٤]

القول الثاني:أن خيار المجلس لا يشرع في هبة الثواب،وهو الأصح عند الشافعية،[٥]ورواية عند الحنابلة،[٦]رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[و لا خيار في الإبراء،والنكاح،والهبة بغير ثواب،وكذا ذات الثواب.. في الأصح] اهـ [٧]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[يثبت فيه الخياران خيار المجلس،وخيار الشرط،وهو البيع.. ،والهبة بعوض على إحدى الروايتين] اهـ [٨]

الأدلة:

دليل القول الأول:(يشرع خيار المجلس في هبة الثواب)

استدلوا بالعقل فقالوا:إن هبة الثواب بمعنى البيع،فتكون داخلة في عموم الخبر.[٩]

دليل القول الثاني:(لا يشرع خيار المجلس في هبة الثواب)

---

(١)مغني المحتاج للشربيني٢/٦١.

(٢)الإقناع للحجاوي٢/٨٣.

(٣)منهاج الطالبين للنووي٢/٦١.

(٤)الإقناع للحجاوي٢/٨٣.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٢/٦١.

(٦)المغني لابن قدامة ٦/٤٨.

(٧)منهاج الطالبين للنووي٢/٦١.

(٨)المغني لابن قدامة ٦/٤٨.

(٩)مغني المحتاج للشربيني٢/٦١،الإقناع للحجاوي٢/٨٣.

استدلوا بالعقل فقالوا: إن هبة الثواب لا تسمى بيعاً، فلا تكون مندرجة في الخبر.[(١)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، و العلم عند الله، أن هبة الثواب يشرع فيها خيار المجلس؛ لأنه يقصد منها العوض، فتتحقق الحكمة من مشروعية خيار المجلس فيها.

ومن خلال ما سبق يتضح أن خيار المجلس يشرع في البيوع، والصرف، والسلم، والمساقاة، والمزارعة، والحوالة، والشفعة، والإجارة، وهبة الثواب.

ولا يشرع في العقود الجائزة، كالوكالة، والشركة، والوديعة.

كما أنه لا يشرع في النكاح، والخلع، والوقف، والعتق على مال، والهبة لغير الثواب، والرهن، والضمان، والكفالة.

الأثر المترتب على خيار المجلس:

العقود التي يشرع فيها خيار المجلس تبقى غير لازمة مدة المجلس فيحق لكل واحد من الطرفين الفسخ، فإذا حصل الفراق المعتبر حكم بلزومها، وقد نص الشيخ محمد الشربيني الشافعي رحمه الله على تعليل ذلك بقوله: [لأن الخيار إنما قصد به التمكن من الفسخ ..][(٢)] اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [فكل من العاقدين له إمضاء البيع أو فسخه][(٣)] اهـ .

وبهذا ينتهي الحديث عن النوع الأول من الخيارات وهو خيار المجلس، ومدى مشروعيته في العقود، وتأثيره على اللزوم فيها قبل أن ينفضَّ المجلس، فإذا انفضَّ المجلس لزم العقد، إلا أن يكون بينهما خيار شرط يشترطه أحدهما، أو كلاهما.

---

(١)مغني المحتاج للشربيني٢/ ٦١.

(٢)المصدر السابق.

(٣)كشاف القناع للبهوتي ٣/ ١٩٩.

المقصد الثاني

خيار الشرط

خيار الشرط هو أن يطلب المتعاقدان جميعاً، أو أحدهما مدة معلومة يحق للطالب فيها إمضاء العقد، أو فسخه.[١]

فخيار الشرط يكون من قبل المتعاقدين، أو أحدهما، فإن رغب العاقدان اشتراط مدة معلومة كان لهما ذلك، وهكذا لو كان المشترط أحدهما، دون الآخر، ولابد في المدة أن تكون معلومة حتى لا تكون هناك جهالة في وقت الخيار، أو غرر في العقد، فما دام أن هذه المدة باقية فإن لمشترط الخيار الحق في فسخ هذا العقد أو إمضائه فإن انتهت فالخيار يسقط حينئذ .

حكم خيار الشرط:

نص جمهور العلماء من الحنفية،[٢] والمالكية،[٣] والشافعية،[٤] والحنابلة،[٥] رحمهم الله على القول بخيار الشرط، واعتباره خياراً مشروعاً للعاقدين، مستدلين على ثبوت مشروعيته بالسنة، والإجماع .

أما دليلهم من السنة :فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال:إذا بايعت فقل:لا خِلابَة[٦])[٧]، وفي رواية: (إذا بعت فقل:لا خِلابَة، ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال، فإن رضيت فأمسك، وإن سخطت فارددها على صاحبها).[٨]

---

(١)ينظر حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٥٦٧، مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٠٩ كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٢ .

(٢)بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٢٨، شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٧٦.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٤٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٤٥٥.

(٤)روضة الطالبين للنووي ٣/٤٣٤، مغني المحتاج للشربيني ٢/٦٤.

(٥)الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٦٠، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٢ .

(٦)هي الخداع فالمعنى لا خداع، النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٢/٥٨.

(٧)رواه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع، صحيح البخاري ٣/١٩ .

(٨)رواه الإمام أحمد في مسنده٢/١٢٩، وابن ماجة، كتاب الأحكام، باب الحجر على من يفسد ماله، وفيه :وفي الزوائد :في إسناده محمد بن إسحاق، وهو مدلس، وقد عنعنه، سنن ابن ماجة٢/٧٨٩،

ووجه الدلالة:أن رسول صلى الله عليه وسلم جعل لمشترط الخيار مدة معلومة يحق له أن يمسك المعقود عليه،أو يرده فدل على مشروعية خيار الشرط .

وأما دليلهم من الإجماع:فقد نقل الإجماع على القول بخيار الشرط غير واحد من أهل العلم رحمهم الله،ومنهم الإمام محيي الدين النووي رحمه الله حيث يقول: [واعلم أن أقوى ما يحتج به في ثبوت خيار الشرط الإجماع،وقد نقلوا فيه الإجماع،وهو كاف][(1)]اهـ

وقال الإمام كمال الدين ابن الهمام رحمه الله عن خيار الشرط: [وجائز بالاتفاق،وهو أن يقول على أني بالخيار ثلاثة أيام،فما دونها][(2)]اهـ

فإذا كانت المدة محددة بثلاثة أيام فأقل فإن هذا الخيار هو المجمع عليه،أما إذا كانت المدة أكثر من ثلاثة أيام فقد اختلف في جواز الخيار على ثلاثة أقوال:

القول الأول:يجوز الخيار لأي مدة اشترطت،وهو مذهب الحنابلة،[(3)]وقول أبي يوسف،ومحمد من الحنفية،[(4)]رحمهم الله.

قال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله:[خيار الشرط:وهو أن يشترطا.. مدة معلومة،فيثبت فيها،وإن طالت] اهـ[(5)]

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[و لا يجوز أكثر منها ـ أي ثلاثة أيام ـ عند أبي حنيفة رضي الله عنه،وهو قول زفر،والشافعي رضي الله عنهما،و قالا: يجوز إذا سمى مدة معلومة] اهـ[(6)]

القول الثاني:يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام،ولا يتقدر بمد ة محددة،وإنما يتقدر بقدر الحاجة،وهو مذهب المالكية.[(1)]

والدارقطني في كتاب البيوع،سنن الدارقطني ٥٥/٣،تلخيص الحبير لابن حجر،وفيه قوله : (وجعل لك ذلك ثلاثة أيام)،وفي رواية (ولك الخيار ثلاثاً) قال الرافعي : (وهذه الروايات كلها في كتب الفقه،وليس في كتب الحديث المشهورة،سوى قوله: لا خلابة) .تلخيص الحبير لابن حجر٢٣/٣،نصب الراية للزيلعي٦/٤.

(١)المجموع للنووي ٢٢٦/٩،روضة الطالبين للنووي ٣/ ٤٤٤،٤٤٨ .

(٢)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٧٨/٦ .

(٣)الشرح الكبير لابن قدامة٣٦٠/٢.

(٤)شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٧٦/٦ .

(٥)الإقناع للحجاوي٨٥/٢.

(٦)الهداية للمرغيناني٢٧/٣.

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[مدة الخيار متعلقة بما يمكن اختيار المشتري المبيع في مثله] اهـ [(٢)]

القول الثالث: لا يجوز الخيار أكثر من ثلاثة أيام، وهو قول أبي حنيفة، وزفر[(٣)]، ومذهب الشافعية، [(٤)] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[و لا يجوز أكثر منها . أي ثلاثة أيام . عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وهو قول زفر، والشافعي رضي الله عنهما، و قالا: يجوز إذا سمى مدة معلومة] اهـ [(٥)]

و قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[ولهما، أو لأحدهما شرط الخيار في أنواع البيع .. ، وإنما يجوز في مدة معلومة لا تزيد عن ثلاثة أيام] اهـ [(٦)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(يجوز الخيار، وإن طالت المدة) استدلوا بالنقل والعقل، أما دليلهم من النقل فحديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال صلى الله عليه وسلم:(المسلمون عند شروطهم).[(٧)]

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم بين أن المسلمين يلتزمون بالشروط التي تكون بينهم، وهذا نص عام، فيشمل ما كان أكثر من ثلاثة أيام، إذا اشترط ذلك أحد المتعاقدين، ورضي العاقد الآخر به.[(٨)]

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن خيار الشرط حق للعاقدين يعتمد فيه على الاشتراط، فرجع تقدير المدة فيه إلى مشترطه، كالتأجيل في الثمن.[(٩)]

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد٥/١٠٤.

(٢)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٠٤٤.

(٣)شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٧٦ .

(٤)روضة الطالبين للنووي ٣/ ٤٤٤

(٥)الهداية للمرغيناني٣/٢٧.

(٦)منهاج الطالبين للنووي٢/٦٤.

(٧)تقدم تخريجه ص ٣٤٢.

(٨)كشاف القناع للبهوتي٣/٢٠٢.

(٩)شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٢٧٨، الشرح الكبير لابن قدامة٢/٣٦١.

دليل القول الثاني:(يجوز أكثر من ثلاثة أيام حسب الحاجة)استدلوا بالعقل فقالوا :إن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع،وإذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدوداً بزمان إمكان اختيار المبيع،وذلك يختلف بحسب كل مبيع.(١)

دليل القول الثالث:(لا يجوز أكثر من ثلاثة أيام) استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل:فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما (أن رجلاً ذكر للنبي صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع،فقال:إذا بايعت فقل:لا خِلابَة).(٢) ،وفي رواية (إذا بعت فقل لا خِلابَة ،ثم أنت في كل سلعة تبتاعها بالخيار ثلاث ليال،فإن رضيت فأمسك،وإن سخطت فارددها على صاحبها).(٣)

وجه الدلالة :أن الرسول صلى الله عليه وسلم قيد الخيار بثلاث ليال،ولو كان يجوز أكثر من ذلك لجعل له الخيار بعد الثلاث،ولم يقيده بهذه المدة،فدل على أنه لا يجوز أكثر من ثلاث.

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن شرط الخيار يخالف مقتضى العقد ،وهو اللزوم،وقد جوزنا الخيار لورود النص،فيقتصر على المدة التي وردت في النص.(٤)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بجواز الخيار أكثر من ثلاثة أيام؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل،فيجاب عنه بأن تقدير المدة بالحاجة لا يصح؛فإنها لا يمكن ضبط الحكم بها؛لخفاء الحاجة ،واختلافها ،وإنما يربط الخيار بمظنة الحاجة ،وهو أن يقدم العاقد على شرط مدة يراها كافية له ،وهذا هو الذي يصلح أن يكون ضابطاً.(٥)

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد٥/١٠٦.

(٢)تقدم تخريجه ص ٥٣٤ .

(٣)تقدم تخريجه ص ٥٣٤.

(٤)شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٢٨١ ،مغني المحتاج للشربيني٢/٦٥.

(٥)الشرح الكبير لابن قدامة٢/٣٦١.

ثالثاً: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالحديث، فيجاب عنه بأن الحديث قيد المدة التي لم يتفق الطرفان عليها، أما ما يتم اتفاق الطرفين على تحديده بمدة تزيد عن ثلاثة أيام فإنه يندرج تحت عموم الشروط التي يجب الوفاء بها.

رابعاً: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأن الخيار كما جاز بالنص في الثلاثة الأيام، فكذلك جاز بالنص في أكثر من الثلاثة، وهو عموم الوفاء بالشروط .

العقود التي يشرع فيها خيار الشرط :

إذا تقررت مشروعية خيار الشرط، فليست كل العقود تقبل هذا الخيار، فإن من العقود ما اتفق على مشروعية خيار الشرط فيها، ومنها عقود متفق على عدم مشروعيته فيها، ومنها عقود مختلف في مشروعية هذا الخيار فيها، وتفصيل ذلك كما يأتي:

أولاً: العقود المتفق على مشروعية خيار الشرط فيها:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن خيار الشرط يدخل في عقد البيع، إذ هو مجاله الأساسي، حيث ورد النص فيه. (١)

وقد نقل الإجماع على ذلك الإمام محيي الدين النووي رحمه الله فقال: [يصح شرط الخيار في البيع بالإجماع، إذا كانت مدته معلومة] (٢) اهـ

ثانياً: العقود المتفق على عدم مشروعية خيار الشرط فيها:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن خيار الشرط لا يدخل في العقود الجائزة؛ إذ الخيار فيها مؤبد للعاقدين، فإذا شرط فيها إسقاط الخيار، أصبحت لازمة، فخالفت طبيعتها، وهي الجواز. (٣)

كما أنه لا خلاف في أن خيار الشرط لا يدخل في عقدي النكاح، والخلع؛ ذلك أن النكاح لا تحصل مقاصده إلا بلزومه، واشتراط الخيار فيه يؤدي إلى الضرر بالزوجين؛ إذ يقتضي أن يرد كل واحد منهما صاحبه رد السلع، مع أن الغالب أن النكاح لا يقع إلا بعد التحري، والبحث. (٤)

---

(١) الهداية للمرغيناني٣/٢٧، مواهب الجليل للحطاب٤/٤٠٩، الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٠، المغني لابن قدامة٦/٤٨.

(٢) المجموع للنووي٩/٢٢٦.

(٣) حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٥٧٠، الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٠، المغني لابن قدامة٦/٤٩.

(٤) المصادر السابقة.

كما أن خيار الشرط لا يدخل في الصرف؛ لأنه يشترط فيه التقابض، فإذا شرط فيه الخيار، فإن ذلك الخيار يبقي بينهما عُلُقاً، فيخالف ذلك طبيعة عقد الصرف، وهي البت بمجرد التفرق.[(١)]

ثالثاً: العقود المختلف في مشروعية خيار الشرط فيها:

الأول: عقد السلم:

الجمهور من أهل العلم رحمهم الله على أن عقد السلم لا يشرع فيه خيار الشرط [(٢)]، وخالف في ذلك المالكية رحمهم الله فقالوا: بجواز اشتراط الخيار، لكن إلى أجل قصير. [(٣)]

الثاني: عقد الإجارة:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار الشرط في عقد الإجارة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإجارة يشرع فيها خيار الشرط، وهو مذهب الحنفية، [(٤)] والمالكية، [(٥)] رحمهم الله.[(٦)]

قال الشيخ محمد التمرتاشي الحنفي رحمه الله: [وصح شرطه أيضاً في لازم يحتمل الفسخ كمزارعة، ومعاملة، وإجارة] اهـ [(٧)]

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [يجوز أن يشترط الخيار في الإجارة، سواء كانت معينة، أو مضمونة] اهـ [(٨)]

القول الثاني: أن الإجارة لا يشرع فيها خيار الشرط، وهو مذهب الشافعية، [(٩)] رحمهم الله.

---

(١) المصادر السابقة، المدونة للإمام سحنون ٣/٢٣٥، ينظر ص ١٧١.

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٧٠، الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠، المغني لابن قدامة ٦/٤٩.

(٣) المدونة للإمام سحنون ٤/٢٣٥.

(٤) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٦٩.

(٥) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٩٩.

(٦) المصدر السابق.

(٧) تنوير الأبصار للتمرتاشي ٤/٥٦٩.

(٨) المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١٠٩٩.

(٩) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠، المجموع للنووي ٩/٢٢٩.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[وفي الإجارة طريق قاطع بأنه لا يثبت خيار الشرط] اهـ [(١)]

القول الثالث:التفريق بين الإجارة في الذمة، والإجارة المعينة، فإن كانت في الذمة شرع فيها خيار الشرط، قياساً على البيع، وإن كانت معينة، فلا يشرع فيها خيار الشرط، وهو مذهب الحنابلة، [(٢)] رحمهم الله.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[والإجارة في الذمة نحو أن يقول:استأجرتك لتخيط لي هذا الثوب، ونحوه، فهذا يثبت فيه الخيار؛لأن الخبر ورد في البيع وهذه في معناه، فأما الإجارة المعينة، فإن كانت مدتها من حين العقد دخلها خيار المجلس، دون خيار الشرط] اهـ [(٣)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(يشرع الخيار في الإجارة) استدلوا بالعقل فقالوا :إن المنافع أحد نوعي ما يقصد بالمعاوضات المحضة، فجاز اشتراط الاختيار فيه كالأعيان.[(٤)]

دليل القول الثاني:(لا يشرع الخيار في الإجارة)لعل دليلهم ما سبق في خيار المجلس وهو:أن الإجارة غرر؛إذ هي عقد على معدوم، والخيار غرر، فلا يضم غرر إلى غرر.[(٥)]

دليل القول الثالث:(التفريق بين الإجارة المعينة، والإجارة في الذمة) استدلوا بالعقل فقالوا :بقياس الإجارة في الذمة على البيع، وأما إذا كانت الإجارة معينة فالخيار يفضي إلى فوات بعض منافع المعقود عليه.[(٦)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، أن الإجارة يشرع فيها خيار الشرط، قياساً لها على البيع، بجامع أن كلاً منهما بيع، وما قيل:من وجود الغرر، فلا يسلم ؛لأن الخيار إنما شرع

---

(١)المجموع للنووي٩/٢٢٩.

(٢)المغني لابن قدامة٦/٤٨، الإقناع للحجاوي٢/٨٦.

(٣)المغني لابن قدامة٦/٤٨.

(٤)المصدر السابق.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٢/٦١.

(٦)المصدر السابق.

لدفع الغرر.وما قيل:من أن ذلك يؤدي إلى تفويت بعض المنافع،فغير مسلم؛لأن المستأجر إذا انتفع بالمعقود عليه دفع أجرته،فلم يكن في خيار الشرط تفويت لبعض المنافع.

الثالث:عقد الكفالة والضمان:

اختلف في مشروعية خيار الشرط فيهما على قولين:

القول الأول:أن خيار الشرط لا يشرع فيهما،وهو مذهب الشافعية،[1] والحنابلة،[2] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في أقسام اللزوم:[وأما من أحدهما كالضمان،والرهن،والكتابة،فلا خيار فيها كلها] اهـ [3]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في أقسام العقود :[لازم من أحد طرفيه،دون الآخر كالرهن...،فلا يثبت فيه خيار...،وكذلك الضامن،والكفيل] اهـ [4]

القول الثاني:أن خيار الشرط يشرع فيهما،وهو مذهب الحنفية،[5] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله في العقود التي يشرع فيها الخيار:[قوله: "ككفالة" أي:بنفس،أو مال،وشرط الخيار للمكفول له،أوالكفيل] اهـ [6]

الترجيح:

والذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو عدم مشروعية خيار الشرط فيهما؛لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ.والضمين،والكفيل دخلا على بصيرة أنه لا حظ لهما،ولأنهما لا يفتقران إلى القبول فلم يدخلهما خيار الشرط كالنذر. [7]

الرابع:الوقف:

اختلف في مشروعية خيار الشرط فيه على قولين:

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي٥/٢٩.

(٢)المغني لابن قدامة٦/٤٩.

(٣)المجموع للنووي٩/٢٠٧.

(٤)المغني لابن قدامة٦/٤٩.

(٥)المبسوط للسرخسي ١٢/٤٢،حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٥٧٠.

(٦)حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٥٧٠.

(٧)المغني لابن قدامة٧/٩٦.

القول الأول:أن الوقف لا يشرع فيه خيار الشرط،وهو مذهب المالكية،[١] والشافعية،[٢] والحنابلة،[٣] وقول محمد من الحنفية،[٤] رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[و لا يحتاج الوقف إلى شرط اللزوم،بل لا يقع إلا لازماً،فلو قال:على أنني بالخيار في الرجوع عنه،وإبطال شرطه،لزم الوقف،وبطل الشرط] اهـ [٥]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[ولو وقف بشرط الخيار بطل على الصحيح] اهـ [٦]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وإن شرط أن يبيعه متى شاء،أو يهبه،أو يرجع فيه لم يصح الشرط،و لا الوقف] اهـ [٧]

وقال الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله:[وعند محمد،وإن كان كذلك،لكنه اشترط أن لا يكون فيه خيار شرط،ولو معلوماً] اهـ [٨]

القول الثاني:أن الوقف يشرع فيه خيار الشرط،وهو قول أبي يوسف من الحنفية،[٩] رحمه الله.

قال الشيخ محمد علاء الحصكفي الحنفي رحمه الله في خيار الشرط:[وصح شرطه أيضاً في لازم يحتمل الفسخ.. ،ووقف عند الثاني] اهـ [١٠]

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا يشرع في الوقف خيار الشرط)استدلوا بالعقل من ثلاثة أوجه:

---

(١)الذخيرة للقرافي٦/٣٢٦.

(٢)المجموع للنووي٩/٢١٠،٢٢٨.

(٣)المغني لابن قدامة٨/١٩٢،المقنع لابن قدامة٢/٣١٣.

(٤)المبسوط للسرخسي١٢/٤٢،حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٥٧٠.

(٥)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣/٣٩.

(٦)منهاج الطالبين للنووي٢/٥٢١.

(٧)المغني لابن قدامة٨/١٩٢.

(٨)حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/٥٧٠.

(٩)المصدر السابق .

(١٠)الدر المختار للحصكفي٤/٥٦٩.

الوجه الأول:أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد،فلم يصح،كما لو شرط أن له بيعه متى شاء.

الوجه الثاني:أن الوقف إزالة الملك عن الشيء بقصد التقرب لله تعالى،فلم يصح اشتراط الخيار فيه،كالعتق.

الوجه الثالث:أن الوقف ليس عقد معاوضة،فلم يصح اشتراط الخيار فيه،كالهبة.(١)

دليل القول الثاني:استدلوا بالعقل فقالوا:إن الوقف يتعلق به اللزوم،ويحتمل الفسخ ببعض الأسباب،فيكون كالبيع في جواز اشتراط الخيار فيه.(٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،و العلم عند الله،هو القول بعدم مشروعية خيار الشرط في الوقف،وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني فيقال:إن قياس الوقف على العتق،والهبة أولى من قياسه على البيع؛لأن الوقف يبتغى به التقرب إلى الله،فيكون إلحاقه بالعتق،والهبة أقوى من إلحاقه بالبيع الذي يقصد به المعاوضة المالية.

الخامس: الحوالة والشفعة:

اختلف العلماء رحمهم الله في مشروعية خيار الشرط في الحوالة،والشفعة،وذلك على قولين:

القول الأول:أن خيار الشرط لا يشرع فيهما،وهو مذهب الشافعية،(٣)والحنابلة،(٤) رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[أن خيار الشرط لا يثبت في الشفعة بلا خلاف،وكذا لا يثبت في الحوالة] اهـ (٥)

---

(١)المغني لابن قدامة٨/١٩٣.

(٢)المبسوط للسرخسي ١٢/٤٣.

(٣)المهذب للشيرازي١/٣٤٥،المجموع للنووي٩/٢٠٩،٢٢٩.

(٤)المغني لابن قدامة٦/٥٠.

(٥)المجموع للنووي٩/٢٢٩.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[كالحوالة، والأخذ بالشفعة فلا خيار فيهما] اهـ [(١)]

القول الثاني: أن خيار الشرط يشرع فيهما، وهو مذهب الحنفية، [(٢)] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد علاء الحصكفي الحنفي رحمه الله:[وصح شرطه أيضاً في لازم .. كفالة، وحوالة، وإبراء، وتسليم، وشفعة] اهـ [(٣)]

الأدلة:

دليل القول الأول: (لا يشرع فيها خيار الشرط) استدلوا بالعقل فقالوا: إن المشفوع عليه، وكذا المحال عليه لا يعتبر رضاهما، ومن لا يعتبر رضاه فلا خيار له، وإذا لم يثبت في أحد طرفيه لم يثبت في الآخر. [(٤)]

دليل القول الثاني: (يشرع فيها خيار الشرط) استدلوا بالعقل فقالوا: إن الحوالة والشفعة، يقصد فيهما العوض، فأشبهتا سائر البيوع، فيثبت فيهما خيار الشرط كما هو ثابت في البيوع. [(٥)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بعدم مشروعية خيار الشرط فيهما؛ ذلك أن الحوالة إذا كانت على مليء، وجب أن يقبل، وإن لم يكن كذلك فله الرجوع وإن لم يشترط[(٦)]، وفي الشفعة لو صح خيار الشرط فإنه قد يلزم منه فوات المشتري إذا رجع الشفيع عن شفعته فيحصل حينئذ الضرر على البائع، ثم إن الخيار شرع لمعرفة الأحظ، وفي الحوالة الأحظ له تحوله على المليء، وفي الشفعة لديه من المعرفة عن المشفوع فيه ما يغنيه عن الخيار.

سادساً: المساقاة والمزارعة:

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/ ٥٠.

(٢) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/ ٥٧٠.

(٣) الدر المختار للحصكفي ٤/ ٥٦٩.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/ ٥٠.

(٥) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/ ٥٧٠.

(٦) الهداية للمرغيناني ٣/ ٩٩، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٦٤٨، المهذب للشيرازي ١/ ٣٤٥، المغني لابن قدامة ٧/ ٦٣.

اختلف العلماء رحمهم الله في مشروعية خيار الشرط في كل من المساقاة، والمزارعة؛ وذلك على قولين:

القول الأول: أن خيار الشرط يشرع فيهما، وهو مذهب الحنفية،[١] ووجه عند الحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد علاء الحصكفي الحنفي رحمه الله [وصح شرطه أيضاً في لازم يحتمل الفسخ كمزارعة، ومعاملة] اهـ[٣]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في المساقاة، والمزارعة: [وقيل هما لازمان، ففي ثبوت الخيار فيهما وجهان] اهـ[٤]

القول الثاني: أن خيار الشرط لا يشرع فيها، وهو مذهب الشافعية،[٥] والحنابلة،[٦] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله: [ما لا يدخله خيار الشرط .. ، والمساقاة] اهـ[٧]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في المساقاة والمزارعة: [كالمساقاة، والمزارعة والظاهر أنهما جائزان فلا يدخلهما خيار] اهـ[٨]

الترجيح:

الذي يترجح أن خيار الشرط يدخلهما فقد سبق أن خيار المجلس يشرع فيهما[٩]، فكذلك خيار الشرط تشبيهاً لهما بالإجارة، والله أعلم.

---

(١) حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤/٥٧٠.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/٥٠.

(٣) الدر المختار للحصكفي ٤/٥٧٠.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٥٠.

(٥) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠، المجموع للنووي ٩/٢١١، ٢٢٨.

(٦) المغني لابن قدامة ٦/٥٠، ٧/٥٤٥.

(٧) الحاوي الكبير للماوردي ٥/٣٠، ولم ينص على المزارعة لأنهم يرون مشروعيتها مع المساقاة، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٤٧.

(٨) المغني لابن قدامة ٦/٥٠.

(٩) ينظر ص ٥٣١.

السابع:الرهن:

اختلف العلماء رحمهم الله في خيار الشرط في عقد الرهن،وذلك على قولين:

القول الأول:لا يثبت فيه خيار الشرط،وهو مذهب الشافعية،[١] والحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله في أقسام اللزوم:[وأما من أحدهما كالضمان،والرهن،والكتابة،فلا خيار فيها كلها] اهـ [٣]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله في أقسام العقود:[لازم من أحد طرفيه،دون الآخر كالرهن.. ،فلا يثبت فيه خيار] اهـ [٤]

القول الثاني:يثبت في الرهن خيار الشرط،وهو مذهب الحنفية،[٥] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد علاء الحصكفي الحنفي رحمه الله:[وصح شرطه أيضاً في لازم .. ، ورهن] اهـ [٦]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري والعلم عند الله تعالى هو القول بعدم ثبوت خيار الشرط في الرهن فقد سبق أن خيار المجلس لا يشرع فيه[٧]،فكذلك خيار الشرط،والله أعلم.

مما سبق يظهر أن خيار الشرط يشرع في العقود التالية:البيع،والإجارة،والمساقاة، والمزارعة،وعلى هذا يتأثر اللزوم فيها بدخول هذا الشرط حتى تتم مدته،وينتهي أمده.

ولا يشرع في العقود الجائزة،وكذا النكاح،والخلع،والصرف،والسلم،والكفالة، والضمان،والوقف،والحوالة،والشفعة،والرهن.

أثر خيار الشرط:

---

(١)الحاوي الكبير للماوردي ٥/ ٢٩،المجموع للنووي٩/ ٢٠٧.

(٢)المغني لابن قدامة٦/ ٤٩.

(٣)المجموع للنووي٩/ ٢٠٧.

(٤)المغني لابن قدامة٦/ ٤٩.

(٥) حاشية رد المحتار لابن عابدين٤/ ٥٧٠.

(٦)الدر المختار للحصكفي٤/ ٥٦٩.

(٧)ينظر ص ٥٣٠.

إذا تقرر أن خيار الشرط يشرع في بعض العقود، دون بعضها فإذا اشترط أحد العاقدين أن له خيار الشرط، وكان ذلك في عقد من العقود التي يشرع فيها خيار الشرط، فإنه يترتب على ذلك الحكم بأحقية فسخ العقد في مدة الخيار لمشترطه وإن لم يرض صاحبه؛ لأن العقد لم يكتسب اللزوم حتى تنتهي مدة الخيار، أو يختار المشترط المضي في العقد، فالعقد يوصف مع خيار الشرط بأنه عقد جائز بالنسبة لمشترطه، ومن ثم يحق له أن يفسخ العقد.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ومن شرط له الخيار، فله أن يفسخ في مدة الخيار، وله أن يجيز ..] [١] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: [من له خيار الشرط، له فسخ العقد..] [٢] اهـ

فتقرر بذلك أن خيار الشرط يعتبر أحد الموانع التي تمنع من وصف العقد باللزوم في جانب الطرفين إن كان خيار الشرط منهما، أو في جانب أحدهما إن كان الخيار من أحد الطرفين، دون الآخر، ثم إذا انتهى الشرط، ومضت مدته حكم للعقد بلزومه إعمالاً للأصل.

---

(١) الهداية للمرغيناني ٣/٢٩.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٣/٤٤٧.

المقصد الثالث

خيار التعيين

التعيين في اللغة: مأخوذ من عيّن الشيء، إذا حدده، وخصصه من جملة الأشياء العديدة، ومنه قولهم: عينت السارق تعييناً، أي خصصته من بين المتهمين.[1]

وأما خيار التعيين في الاصطلاح: فإن أهل العلم رحمهم الله يذكرون صورة خيار التعيين، والتي يمكن من خلالها معرفة مرادهم به.

قال العلامة كمال الدين ابن الهمام رحمه الله [أن يشتري أحد ثوبين، أو ثلاثة، غير معين على أن يأخذ أيهما شاء، وهذا خيار التعيين][2] اهـ

وقال الإمام القرافي رحمه الله: [والعبدان، أو الثوبان على أن يختار أحدهما بثمن واحد، أما لو قال هذا بعشرة، وهذا بخمسة امتنع][3] اهـ

ويمكن مما تقدم أن يستخلص تعريف خيار التعيين بأنه: تحديد العاقد لواحد من الأشياء المعقود عليها في مدة معينة .

مشروعية خيار التعيين:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار التعيين على قولين:

القول الأول: مشروعية خيار التعيين، وهو مذهب الحنفية،[4] والمالكية،[5] وبعض الحنابلة،[6] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز][7] اهـ

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٣٠٩/١٢، المصباح المنير للفيومي ١٦٨.

(٢) شرح فتح القدير لابن الهمام ٢٩٩/٦، التعريفات للجرجاني ١٠٧ .

(٣) الذخيرة للقرافي ٤٧/٥.

(٤) الهداية للمرغيناني ٣١/٣، بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٨/٥ .

(٥) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٤٥/٢، الذخيرة للقرافي ٣٢/٥، ٤٦ .

(٦) الفروع لابن مفلح ٢٦/٤، الإنصاف للمرداوي ٣٠٢/٤، فقد ذكر بأن هناك من قال بالصحة إذا تساوت القيمة .

(٧) الهداية للمرغيناني ٣١/٣.

وقال القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله: [لا فصل بين خيار الشرط، أو الرؤية، أو التعيين، أو الرد بالعيب في أن ذلك كله موروث][1] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله: [وفي المفردات: يصح بيع عبد من ثلاثة أعبد بشرط الخيار] اهـ[2]

القول الثاني: عدم مشروعية خيار التعيين، وهو مذهب الشافعية،[3] والحنابلة،[4] وقول زفر من الحنفية،[5] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [فلو قال: بعتك أحد عبيدي، أو أحد عبدي هذين ...، فالبيع باطل ...، وسواء تساوت قيمهم ...، أم لا، وسواء قال: ولك الخيار في التعيين أم لا ؟ فالبيع باطل في كل هذا عندنا][6] اهـ

وقال الإمام منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ولا بيع عبد غير معين من عبدين أو من عبيد للجهالة ..][7] اهـ

وقال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة، وهو بالخيار ثلاثة أيام، فهو جائز، وكذا الثلاثة، فإن كانت أربعة أثواب، فالبيع فاسد والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع، وهو قول زفر][8] اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (يصح خيار التعيين) استدلوا بالعقل فقالوا: [إن خيار الشرط شرع للحاجة إلى رفع الغبن ليختار ما هو الأرفق، والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به، أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من حملٍ إليه؛ إلا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع].[9]

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٤٥.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٤/٣٠٢.

(٣) المجموع للنووي ٩/٣٤٦، روضة الطالبين للنووي ٣/٤٤٥ .

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٣/١٦٧، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٠٢.

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٠٠.

(٦) المجموع للنووي ٩/٣٤٦.

(٧) كشاف القناع للبهوتي ٣/١٦٧.

(٨) الهداية للمرغيناني ٣/٣١.

(٩) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٠٠.

دليل القول الثاني: (لا يصح خيار التعيين) استدلوا بالعقل فقالوا: قد جاء الشرع بالقضاء على كل ما فيه غرر وجهالة؛لما يؤدي إليه من التنازع والخلاف،وبيع عبد من عبدين،ونحوهما؛فيه غرر،من غير حاجة،فالاختيار يمكن قبل العقد .[1]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله تعالى،هو القول بمشروعية خيار التعيين؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً:أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه:بأن القول بخيار التعيين يلزم منه الغرر غير مسلم؛لأنه يتم الاتفاق على المعقود عليه،وتحديده،والثمن المتفق عليه،ثم يبقى له خيار بتعيين ما يريد أخذه،فلا جهالة،والحال ما ذكر .

ثالثاً:حاجة الناس إلى ذلك،وما ذكر بأن الاختيار يمكن قبل العقد فغير صحيح؛إذ لا يفي ذلك بحاجة المتعاقدين،وأخذ مشورة الغير حول المعقود عليه،ونحو ذلك .

العقود التي يشرع فيها خيار التعيين:

العلماء الذين قالوا بمشروعية خيار التعيين وهم الحنفية،والمالكية رحمهم الله لم يذكروا هذا الخيار إلا في عقد البيع[2]،فهذا الخيار إذاً إنما يشرع في البيع،وما في معناه،كالصلح،والقسمة،وهبة الثواب؛أما عقد الصرف فلا يشرع فيه خيار التعيين؛لأن التقابض شرط لصحة الصرف،ولو جعل لنفسه خيار التعيين في الصرف،فهو بحاجة لتحديد أحد الجنسين المخير فيهما،فلم يحصل القبض لذلك العوض على أنه مقابل للجنس الآخر المصروف،فتخلف بذلك شرط التقابض،فكان الخيار غير مشروع فيه .

أثر خيار التعيين في لزوم العقد:

إذا تقرر أن خيار التعيين أحد الخيارات المشروعة في البيع،وما في معناه،فإنه ينبني على ذلك اعتباره مؤثراً في لزوم العقد حتى يحصل التعيين،أو يفسخ العقد الذي بينهما.

---

(١)المغني لابن قدامة ٢١٠/٦،المجموع للنووي ٣٤٦/٩،كشاف القناع للبهوتي ١٦٧/٣.

(٢)الهداية للمرغيناني ٣١/٣،بدائع الصنائع للكاساني ٢٢٨/٥، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٤٥/٢،الذخيرة للقرافي ٣٢/٥،٤٦ .

قال الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله: [أن الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار، ملك غير لازم، وللمشتري أن يردهما جميعاً ؛لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد، كخيار العيب، وخيار الرؤية، فيمنع لزوم الملك، فكان محتملاً للفسخ][1] اهـ

قال الشيخ أحمد الدردير رحمه الله: [ولو انقضت مدة الخيار، والاختيار في اشتراء أحدهما على الخيار معه أي مع الاختيار بأن اشترى أحدهما على أن يختار ثم هو فيما يختاره بالخيار فمضت المدة ولم يختر لم يلزمه شيء من الثوبين][2] اهـ

وبهذا يظهر أن خيار التعيين من الموانع التي تمنع من لزوم العقد، فالعقد الذي يكون فيه خيار التعيين يوصف بأنه جائز، و لا يلزم إلا بعد وقوع الاختيار، والتعيين، فإذا حصل الاختيار حكم باللزوم، ولم يكن لهما فسخ العقد إلا برضا الطرفين معاً .

وهذا النوع من الخيار إذا كان المعقود عليه حاضراً مشاهداً للعاقدين، أما إذا كان المعقود عليه غير حاضر، ولا مشاهد فإنه يكون فيه خيار الرؤية، وهذا الخيار ما سوف أتناوله في المقصد الرابع.

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني٥/ ٢٦١

(٢)الشرح الصغير ٢/٥٢ .

المقصد الرابع

خيار الرؤية

الرؤية مصدر من رأى، يقال:رأيت الشيء رؤية، إذا أبصرته بحاسة البصر، ورؤية العين معاينتها للشيء .[1]

وخيار الرؤية :توقف العقد على مشاهدة المعقود عليه إن شاء أخذه، أو رده.[2]

مشروعية خيار الرؤية:

العقد إما أن يكون على عين حاضرة مرئية كأن يقول:بعتك هذا الثوب، أو الدابة، أو الدار، وهو يراه فذلك جائز إذا أبصره، وأدرك ما فيه من مزايا، وعيوب وذلك بلا خلاف بين العلماء رحمهم الله .[3]

وإما أن يكون على عين غائبة عن العاقدين، فلا يخلو ذلك من إحدى حالات:

الحالة الأولى: أن توصف تلك العين، أو يكون قد رأى العين، ثم أبرم العقد بعد ذلك بزمن لا تتغير فيه العين ظاهرا ، وهذه الحالة اختلف أهل العلم رحمهم الله فيها على قولين:

القول الأول: أن العقد يصح بوصف العين، بكل صفة مقصودة، تختلف الأغراض باختلافها، وتتفاوت الأثمان لأجلها ، وتقل الرغبة في العين، وتكثر بحسب وجودها ، وعدمها ، وهو مذهب الحنفية ،[4] والمالكية ،[5] والحنابلة في أصح الروايتين،[6] وأحد قولي الشافعي واختاره بعض أصحابه[7] رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[ومن اشترى شيئا لم يره، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده] اهـ[8]

---

(١)المصباح المنير للفيومي ٩٤.

(٢)شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٠٩/٦، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥٩٢/٤ .

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب٩٧٨/٢، بداية المجتهد لابن رشد٥٥٢/٤، الإنصاف للمرداوي ٢٩٥/٤ .

(٤)المبسوط للسرخسي ٦٨/١٣،

(٥)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٧٨/٢، بداية المجتهد لا بن رشد ٥٥٣/٤ .

(٦)المغني لابن قدامة ٣٣/٦، الإنصاف للمرداوي ٢٩٧/٤، .

(٧)روضة الطالبين للنووي ٣٧٠/٣، منهاج الطالبين للنووي٢٥/٢ .

(٨)الهداية للمرغيناني٣٢/٣.

وقال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[و أما الأعيان الغائبة عن العقد فيجوز بيعها على الصفة] اهـ [(١)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وإن ذكر له من صفته ما يكفي في السلم، أو رآه، ثم عقد بعد ذلك بزمن لا يتغير فيه ظاهراً صح في أصح الروايتين] اهـ [(٢)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[و الأظهر أنه لا يصح بيع الغائب، والثاني: يصح] اهـ [(٣)]

القول الثاني: أن العقد لا يصح على العين الغائبة، بل لابد من رؤيتها، وهو قول للشافعي، واستظهره الإمام محيي الدين النووي، [(٤)] وهو رواية عن الإمام أحمد، [(٥)] رحمهم الله. وقد سبق ما يدل على ذلك.

الأدلة:

دليل القول الأول:(يصح العقد على العين الغائبة)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن ذلك مبيع معلوم للعاقدين، مقدور على تسليمه غالباً، فصح فيه الوصف كالسلم.

الوجه الثاني: أن ما تتعذر فيه الرؤية تقوم الصفة فيه مقام الرؤية كالسلم. [(٦)]

دليل القول الثاني:(لا يصح العقد على العين الغائبة)استدلوا بالعقل فقالوا: إن الصفة لا تحصل بها معرفة المبيع، فيكون منهياً عنه؛ لوجود الغرر فيه. [(٧)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بصحة بيع العين الغائبة الموصوفة؛ وذلك لما يأتي:

---

(١) المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/٩٧٨.

(٢) المقنع لابن قدامة ٢/١١.

(٣) منهاج الطالبين للنووي ٢/٢٥.

(٤) روضة الطالبين للنووي ٣/٣٧٠، منهاج الطالبين للنووي ٢/٢٥ .

(٥) المغني لابن قدامة ٦/٣٣، الإنصاف للمرداوي ٤/٢٩٧ .

(٦) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٧٨، المغني لابن قدامة ٦/٣٣ .

(٧) المغني لابن قدامة ٦/٣٣، مغني المحتاج للشربيني ٢/٢٦.

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل فيجاب عنه بأنه لا يسلم أن الصفة لا يحصل بها معرفة المبيع، فإن معرفة المبيع تحصل بالصفات الظاهرة التي يختلف بها الثمن ظاهراً. [١]

إذا ثبت جواز العقد على ما وصف وصفاً مانعاً للجهالة، بذكر الصفات التي يختلف الثمن باختلافها، فهل يثبت فيها خيار الرؤية للعاقدين إذا تمت رؤية العين المعقود عليها ؟ والجواب على ذلك أن يقال:إن العين التي عقد عليها بموجب الصفة إما أن تكون على الصفة التي وصفت، دون اختلاف، وإما أن تكون بخلاف ما وصفت عليه، فهاتان صورتان يختلف الحكم باختلافهما :

الصورة الأولى:أن تكون العين على الصفة التي وصفت، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله هل يثبت فيها الخيار للمشتري، أو يلزم بالبيع على قولين:

القول الأول:ليس له الخيار، بل العقد لازم له، وهو مذهب المالكية، [٢] والحنابلة، [٣] ووجه عند الشافعية، [٤] رحمهم الله.

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وإذا جاء المبيع على الصفة المشترطة لزم المبتاع، ولم يكن له خيار الرؤية] اهـ [٥]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[فإنه متى وجده على الصفة لم يكن له الفسخ] اهـ [٦]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[فإن وجده كما وصف فله الخيار على الأصح، وقيل:له الخيار قطعاً] اهـ [٧]

القول الثاني:أن له الخيار إذا رأى المعقود عليه على الصفة التي ذكرت له، وهو قول

---

(١)المغنى لابن قدامة ٦/٣٣ .

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٧٩.

(٣)المغني لابن قدامة ٦/٣٤، الإنصاف للمرداوي ٤/٢٩٨ .

(٤)روضة الطالبين للنووي ٣/٣٧٧ .

(٥)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/٩٧٩.

(٦)المغني لابن قدامة٦/٣٤.

(٧)روضة الطالبين٣/٣٧٧.

الحنفية،[1] والأصح عند الشافعية.[2]

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[ومن اشترى شيئاً لم يره، فالبيع جائز، وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن، وإن شاء رده] اهـ [3]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[فإن وجده كما وصف فله الخيار على الأصح، وقيل: له الخيار قطعاً] اهـ [4]

الأدلة:

دليل القول الأول:(ليس له الخيار) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أنه سلم له المعقود عليه بصفاته، فقبضه على صفته، فلم يكن له الخيار كالمسلم فيه.[5]

الوجه الثاني: أنه مبيع موصوف، فلم يكن للعاقد فيه الخيار في جميع الأحوال كالسلم.[6]

دليل القول الثاني:(له الخيار) استدلوا بالنقل: وذلك بحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه).[7]

ووجه الدلالة: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الخيار متعلقاً بالرؤية، وهذا عام يشمل ما إذا كان على نفس الصفة التي وصف عليها، أو على خلافها.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله تعالى أن العقد لازم بعد الرؤية إذا كان المبيع على الصفة التي اتفق عليها؛ لما تقدم من دليل العقل، وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦٨/١٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٠٩/٦ .

(٢) روضة الطالبين للنووي ٣٧٧/٣، مغني المحتاج للشربيني ٢٦/٢ .

(٣) الهداية للمرغيناني ٣٢/٣.

(٤) روضة الطالبين ٣٧٧/٣.

(٥) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٧٩/٢، المغني لابن قدامة ٣٤/٦ .

(٦) المغني لابن قدامة ٣٤/٩.

(٧) رواه البيهقي، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة، السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٨/٥، الدارقطني، كتاب البيوع، سنن الدارقطني ٥/٣، ينظر نصب الراية للزيلعي ٩/٤.

من حديث أبي هريرة رضي الله عنه فإنه حديث ضعيف [1].

الصورة الثانية:أن يكون المعقود عليه بخلاف ما وصف،فلا خلاف بين العلماء رحمهم الله أن له الخيار في إمضاء العقد،أو فسخه؛لأن المبيع لم يسلم له على الوجه الذي دخل عليه،كما لو وجد فيه عيبا. [2]

الحالة الثانية:أن يتم التعاقد على العين الغائبة،دون وصف:

و في هذه الحالة يتم العقد على شيء غير حاضر،ومن غير وصف له،كأن يتم بيع سيارة،أو سلعة ما،دون تحديد لما يمكن أن يؤثر في ثمنها،ويرغب فيها،وهذه المسألة اختلف أهل العلم رحمهم الله فيها على قولين:

القول الأول:أن العقد على العين الغائبة،دون وصف يعتبر عقدا باطلا،وهو مذهب المالكية، [3] والشافعية، [4] والصحيح عند الحنابلة، [5] رحمهم الله.

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[وأما الأعيان الغائبة.. ،ولا يجوز بيعه بغير صفة،ولا رؤية،و لا مع شرط خيار الرؤية] اهـ [6]

وقال الإمام أبو الحسن الماوردي الشافعي رحمه الله:[فإن كانت غير موصوفة فبيعها باطل] اهـ [7]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وفي بيع الغائب روايتان: أظهرهما : أن الغائب الذي لم يوصف،ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه.. ،وفي رواية أخرى:أنه يصح] اهـ [8]

---

(1)قال البيهقي: (باطل لا يصح) السنن الكبرى للبيهقي٥/٢٦٨،وقال الدارقطني : (هذا باطل لا يصح؛لأن فيه عمر بن إبراهيم يقال له: الكردي يضع الأحاديث)سنن الدارقطني٣/٥،وكشف الخفاء للعجلوني٢/٣٢١.

(2)شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٠٩،المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٨٠،روضة الطالبين للنووي ٣/٢٧٢،المغني لابن قدامة٦/٣٤.

(3)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/٩٧٨ .

(4)الحاوي الكبير للماوردي ٥/١٤ .

(5)المغني لابن قدامة ٦/٣١،الإنصاف للمرداوي ٤/ ٢٩٥.

(6)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/٩٧٨.

(7)الحاوي الكبير للماوردي٥/١٤.

(8)المغني لابن قدامة٦/٣١.

القول الثاني:أن العقد على العين الغائبة التي لم توصف يعتبر عقداً صحيحاً،وهو مذهب الحنفية،[١] ورواية عند الحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله:[ومن اشترى شيئاً لم يره،فالبيع جائز،وله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه بجميع الثمن،وإن شاء رده] اهـ [٣]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[.. وفي رواية أخرى: أنه يصح] اهـ [٤]

الأدلة:

دليل القول الأول:(بطلان العقد على العين الغائبة التي لم توصف)استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل:فحديث أبي هريرة رضي الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصاة،وبيع الغرر).[٥]

ووجه الدلالة:أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن البيع الذي فيه غرر،وبيع العين الغائبة التي لم توصف فيه غرر من وجهين:

الأول:عدم العلم بسلامة المبيع،ووجوده،فقد يكون المبيع غير سالم من العيوب،أو يكون المبيع غير موجود أصلا .

الثاني:عدم العلم بوصول المبيع إليه،فقد يصل إليه المبيع،وقد لا يصل.[٦]

أما دليلهم من العقل: فمن ثلاثة وجوه:

الوجه الأول:أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الملامسة[٧]،وهي بيع الثوب المطوي:لجهالة المبيع مع حضوره،فالنهي عن المبيع المجهول الصفة مع غيابها أولى.[٨]

---

(١)شرح فتح القدير لابن الهمام ٣٠٩/٦.
(٢)المغني لابن قدامة ٣١/٦،الإنصاف للمرداوي ٢٩٥/٤.
(٣)الهداية للمرغيناني٣٢/٣.
(٤)المغني لابن قدامة٣١/٦.
(٥)تقدم تخريجه ص١١٥.
(٦)الحاوي الكبير للماوردي١٦/٥.
(٧)متفق عليه،صحيح البخاري ،كتاب البيوع،باب بيع المنابذة٢٥/٣،صحيح مسلم ،كتاب البيوع، باب إبطال بيع الملامسة والمنابذة٢/٥.
(٨)الحاوي الكبير للماوردي ١٤/٥.

الوجه الثاني: أنه بيع عين لم ير شيئاً منها، ولم توصف، فلم يصح؛ كبيع النوى في التمر.(١)

الوجه الثالث: أنه نوع بيع فلم يصح مع الجهل بصفة المبيع؛ كالسلم.(٢)

دليل القول الثاني: (يصح العقد على العين الغائبة التي لم توصف) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فمن الكتاب، والسنة، والأثر.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة:٢٧٥]

ووجه الدلالة: أن عموم هذه الآية يشمل بيع العين الغائبة التي لم توصف، فيكون حلالاً بنص الآية.(٣)

وأما من السنة: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه، وإن شاء تركه).(٤)

وأما دليلهم من الأثر: فاستدلوا بما روي عن عثمان، وطلحة رضي الله عنهما أنهما تبايعا داريهما، إحداهما بالكوفة، والأخرى بالمدينة، فقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: ما أبالي؛ لأني بعت ما لم أره، وقيل لطلحة، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، فتحاكما إلى جبير رضي الله عنه، فجعل الخيار لطلحة.(٥) فهذا اتفاق من الصحابة رضي الله عنهم على صحة البيع على عين غائبة.(٦)

أما استدلالهم بالعقل فقالوا: إن البيع عقد معاوضة، فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه كالنكاح.(٧)

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٦/٥، المغني لابن قدامة ٣٢/٦.

(٢) المغني لابن قدامة ٣٢/٦.

(٣) المصدر السابق ٣١/٦.

(٤) تقدم تخريجه ص٥٥٥.

(٥) رواه الطحاوي، كتاب البيوع، باب تلقي الجلب، وقال: والآثار في ذلك قد جاءت متواترة، وإن كان أكثرها منقطعاً. شرح معاني الآثار للطحاوي ١٠/٤، والبيهقي، كتاب البيوع، باب من قال: يجوز بيع العين الغائبة، السنن الكبرى للبيهقي ٢٦٨/٥.

(٦) المغني لابن قدامة ٣١/٦، بدائع الصنائع للكاساني ٢٩٢/٥.

(٧) المغني لابن قدامة ٣١/٦.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بأن العقد على العين الغائبة، دون وصف يعتبر عقدا باطلا؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني بالآية فيقال: إن سلم بأنها عامة فهي مخصصة بما ذكر من الأدلة التي تدل على عدم صحة العقد على العين الغائبة [(١)]

ثالثا: أما حديث أبي هريرة رضي الله عنه، فيجاب عنه بأن الحفاظ، وأئمة الحديث ضعفوه لأنه من رواية عمر بن إبراهيم الأهوازي [(٢)]، وهو مشهور باختراع الأحاديث، ووضعها. [(٣)]

رابعا: أما استدلالهم بقصة عثمان وطلحة رضي الله عنهما فيجاب عنها بجوابين:

الأول: إنها قول صحابي، ولا يعارض به حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحتمال أن يكون الصحابي عمل بذلك ولم تبلغه السنة، وإذا تعارض المأثور عن الصحابي مع المرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم فلا إشكال أنه يقدم المرفوع.

الثاني: يحتمل أنهما تبايعا بالصفة، وخلافنا في التبايع بدون ذكر الصفة. [(٤)]

خامسا: أما استدلالهم بالعقل فيقال: إن هناك فرقا بين البيع، والنكاح مما يمنع صحة الجمع بينهما، فالنكاح لا تقصد منه المعاوضة، ولا يفسد بفساد العوض، ولا يدخله شيء من الخيارات، وفي اشتراط الرؤية مشقة على المخدرات، وإضرار بهن، بخلاف البيع. [(٥)]

العقود التي يشرع فيها خيار الرؤية:

من اثبت خيار الرؤية جعل ذلك في عقد البيع بدليل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن

---

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٧/٥، المغني لابن قدامة ٣٢/٦.

(٢) هو أبو حفص عمر بن إبراهيم بن خالد بن عبد الرحمن يعرف بالكردي، مولى بني هاشم، كان غير ثقة، يروي المناكير عن الأثبات، قال الدارقطني عنه: يضع الأحاديث، ونقل الإمام النووي رحمه الله اتفاق الحفاظ على تضعيفه، ونقل الحافظ ابن حجر رحمه الله: أنه مذكور بالوضع(سنن الدارقطني ٥/٣، تاريخ بغداد للخطيب البغدادي ٢٠٢/١١، تلخيص الحبير لابن حجر ٦/٣).

(٣) الحاوي الكبير للماوردي ١٧/٥، المغني لابن قدامة ٣٢/٦.

(٤) المصدرين السابقين.

(٥) المصدرين السابقين.

النبي صلى الله عليه وسلم قال:(من اشترى ما لم يره فهو بالخيار إذا رآه).[١]

فهو نص صريح في أن خيار الرؤية يكون في الشراء؛لقوله صلى الله عيه وسلم (من اشترى)وقد ألحق أهل العلم رحمهم الله بالبيع بعض العقود بجامع المعاوضة فيها ،وهذه العقود هي:

أولا :الإجارة:فلو استأجر دارا لم يرها ،وإنما وصفت له وصفا يمنع الجهالة ،فلما رأى العين المؤجرة وجدها على خلاف ما وصفت له ،فهو بالخيار إن شاء استمر في العقد ،وإن شاء فسخه.[٢]

ثانيا :الصلح عن دعوى مال على عين:فإذا كانت الدعوى مالية ،ثم اصطلحا على دار غائبة ،ووصفها له وصفا مانعا للجهالة ،فإنه إذا رأى هذه الدار ،وكانت على خلاف ما وصفت له فهو بالخيار.أما إذا كان الصلح على مال ثم اصطلحا على دين في الذمة فلا يدخله خيار الرؤية ،وهكذا لو كان الصلح على القصاص؛لأن خيار الرؤية لا يكون فيما لا ينفسخ بالرد ،ففي الصلح على دين في الذمة لا ينفسخ؛لأنه يؤدي إلى بيع الدين بالدين ،وفي الصلح على القصاص لا ينفسخ الصلح فيبقى العقد قائما ،فلا فائدة من الخيار في مثل ذلك.[٣]

ثالثا :القسمة :إذا كانت القسمة لأجناس مختلفة ،أو لغير المثليات كالثياب من نوع واحد ،وكذا البقر ،والغنم ،ولم ير أحدهما نصيبه من القسمة فهو بالخيار إذا رآه ،وكان على غير ما وصف له ،أما إذا كانت القسمة لذوات الأمثال كالمكيلات ،أو الموزونات ،فلا يدخله خيار الرؤية؛لأن المكيلات ،والموزونات متماثلة إذا قسمت فلا يتميز أحد القسمين بميزة عن الآخر .[٤]

فخيار الرؤية ينحصر في هذه الأربعة الأمور ،قال الإمام الكمال ابن الهمام رحمه الله:[واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير:شراء الأعيان ،والإجارة ،والصلح عن دعوى مال على عين ،والقسمة][٥] اهـ

---

(١)ينظر ص ٥٥٥.

(٢)شرح فتح القدير لابن الهمام ٣١٢/٦.

(٣)حاشية رد المحتار لابن عابدين٥٩٣/٤.

(٤)المصدر السابق .

(٥)شرح فتح القدير لابن الهمام ٣١٢/٦ ،البحر الرائق لابن نجيم٣٠/٦ ،حاشية رد المحتار لابن عابدين٥٩٣/٤.

أثر خيار الرؤية في لزوم العقد:

من قال بخيار الرؤية جعل العقد غير لازم، فالعاقد بالخيار إذا رأى المعقود عليه على غير الصفة التي ذكرت له، فإن شاء أتم العقد، وإن شاء فسخ.

فلو تم العقد على بيع سلعة غائبة، ووصفت وصفاً مانعاً للجهالة، فلما أحضر البائع السلعة للمشتري وجد أنها على غير الصفة التي وصفها له، فالمشتري مخير بين أن يأخذ هذه السلعة، أو يرفضها؛ لأن السلعة مخالفة لما تم التعاقد عليه.

ومثل البيع الإجارة، فلو أنه استأجر عيناً غائبة وصفت له وصفاً يمنع الجهالة عنها، فإن المستأجر إذا رأى العين فكانت على غير ما وصفت فهو مخير بين إمضاء العقد، وفسخه، فهو حينما رضي باستئجار العين المتفق عليها فلما ذكر عنها من صفات ترغبه فيها، فلما تخلفت بعض الصفات عن تلك العين فإن رغبته تقل، فهو إذاً بالخيار بين أن يمضي العقد مع تخلف بعض صفاتها، أو يفسخه.

وهكذا لو تمت القسمة بين شريكين في أجناس مختلفة، أو لغير مثليات، أو كان العقد صلحاً عن دعوى مالية فيصطلح الطرفان لإنهاء النزاع على عين يأخذها المدعي، فإذا وصفت العين سواء في القسمة، أو الصلح بأوصاف جعلت العاقد يقبلها، فإن الواجب على الواصف أن يصدق في معاملته، فإذا كانت العين التي أحضرها مخالفة للوصف فإنها غير الموصوفة، والرضا من الطرف الثاني لم يتعلق بها فكان من حقه الخيار.

ولهذا كان خيار الرؤية مانعاً من لزوم العقد، فإذا زال هذا الخيار، انقلب العقد لازماً لا يحق له الفسخ إذا اختار إمضاء العقد.(١)

هذا إذا كان المعقود عليه خالياً من العيب، أما إذا رأى المعقود عليه ثم قبله فتبين له أن فيه عيباً؛ فإنه يثبت له خيار آخر ألا وهو خيار العيب كما يتضح ذلك من المقصد التالي.

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ٣١١/٦

المقصد الخامس

خيار العيب[(١)]

العيب في اللغة:مصدر الفعل عاب،يقال:عاب فلان فلاناً،يعيبه،إذا وصمه بنقص،ويقال: عاب الشيء عيباً،صار ذا عيب،[(٢)] ومنه قوله تعالى: ﴿ فَأَرَدتُّ أَنْ أَعِيبَهَا ﴾ [الكهف:٧٩]،أي:أجعلها ذات عيب.

وفي الاصطلاح:نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع منها.[(٣)]

مشروعية خيار العيب:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في مشروعية خيار العيب نقل ذلك الإمام موفق الدين ابن قدامة رحمه الله حيث يقول: [متى علم بالمبيع عيباً لم يكن عالماً به فله الخيار بين الإمساك،والفسخ سواء كان البائع علم العيب،وكتمه،أو لم يعلم،لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً][(٤)] اهـ

ومستند هذا الإجماع على مشروعية خيار العيب هو الكتاب،والسنة،والعقل .

أما الكتاب:فقد استدل بعض أهل العلم[(٥)] رحمهم الله بقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء:٢٩].

ووجه الدلالة:إن الله تعالى أحل التجارة عن تراضٍ،وما كان من المبيعات معيباً فإنه لا يكون فيه التراضي،فيكون من أكل المال بالباطل المنهي عنه بنص الآية .

---

(١)ومن أهل العلم رحمهم الله من يسميه بخيار النقيصة،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٦٨/٢.

(٢)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١٨٩/٤،لسان العرب لابن منظور ٦٣٣/١،المصباح المنير للفيومي ١٦٧.

(٣)كشاف القناع للبهوتي ٢١٥/٣،ينظر بقية التعاريف: الهداية للمرغيناني ٣٥/٣،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٦٨/٢،نهاية المحتاج للرملي ٢٥/٤.

(٤)المغني لابن قدامة ٢٢٥/٦،ينظر الهداية للمرغيناني ٣٥/٣،المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٥١/٢،الأم للإمام الشافعي ٦٩/٣،الشرح الكبير لابن قدامة ٣٧٩/٢ .

(٥)بدائع الصنائع للكاساني ٢٧٤/٥،بداية المجتهد لابن رشد ٣٤/٥.

وأما السنة فعن العداء بن خالد رضي الله عنه قال: (كتب لي النبي صلى الله عليه وسلم هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم من العداء بن خالد بيع المسلم لا داء خبثة،[١] ولا غائلة[٢]).[٣]

ووجه الدلالة:أن الأصل في بيع المسلم السلامة،و العيب حادث،أو مخالف للظاهر فعند الإطلاق يحمل على السليم،فمتى فاتت السلامة فات بعض مقتضى العقد فلم يلزمه أخذه بالعوض،وكان له الرد،وأخذ الثمن كاملا .[٤]

و لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام،فإن ردها رد معها صاعا من تمر).[٥]

ووجه الدلالة:أن في إثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصرية تنبيها على ثبوته بالعيب.[٦]

أما دليلهم من العقل:فمن وجهين:

الوجه الأول:أن السلامة في المعقود عليه مطلوبة للمشتري عادة؛لأن غرضه الانتفاع بالمبيع، ولا يتكامل انتفاعه إلا بقيد السلامة .

الوجه الثاني:أنه لم يدفع جميع الثمن إلا ليسلم له جميع المبيع،فالسلامة مشروطة في العقد دلالة،فكانت كالمشروطة نصا.[٧]

الصور التي تندرج تحت خيار العيب:

خيار العيب في المعقود عليه راجع لأحد أمور ثلاثة:

---

(١)بكسر الخاء وضمها وهو الحرام قال الإمام ابن الأثير رحمه الله:(أراد بالخبثة الحرام،كما عبر عن الحلال بالطيب)النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٢/٤ ، صحيح البخاري٣/١٠.

(٢)الغائلة:أن يكون الشيء مستحقا للغير،كالمال المسروق،النهاية لابن الأثير٣/٣٩٧.

(٣) رواه البخاري تعليقا بغير صيغة التمريض في كتاب البيوع،باب إذا بين البيعان، صحيح البخاري ٣/١٠ ،قال الإمام ابن الهمام :وتعليق البخاري إنما يكون صحيحا إذا لم يكون بصيغة التمريض كيذكر،وهنا البخاري قال يذكر .

(٤)المغني لابن قدامة ٦/٢٢٦ ،شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٢٧ .

(٥)رواه مسلم،كتاب البيوع،باب حكم بيع المصراة صحيح مسلم ٣/٦ .

(٦)بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٧٤ ،المغني لابن قدامة ٦/٢٢٥ .

(٧)بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٧٤ ،شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٣٢٨ .

الأول:الالتزام الشرطي:فإذا اشترط أحد العاقدين صفة،ثم تخلفت،فإن ذلك يعتبر عيبا في المعقود عليه،يوجب الخيار للمشترط،فلو أن المشتري اشترط في المبيع أن تكون السلعة جديدة،فبانت قديمة،أو اشترط عليه في الإجارة أن يكون المنزل واسعا فظهر بخلاف ذلك،وكذلك لو اشترطت المرأة في نكاحها أن يكون الزوج حافظا لكتاب الله،فتبين عدم ذلك،فإنها تكون بالخيار.

الثاني:القضاء العرفي: وذلك بأن يشهد العرف بأن النقص الموجود في السلعة يعتبر عيبا مؤثرا فيها،فحينئذ يثبت للمشتري،والمستأجر،وغيرهما حق الخيار.

الثالث:التغرير:سواء كان فعليا،أو قوليا،وهذا التغرير له صور يمكن بيانها فيما يلي:

أولا:التدليس:

وهو في اللغة مأخوذ من دلس بالتشديد،أو من دلس بالتخفيف،وهو يدل على الستر والظلمة،ويقال:فلان لا يدالس،ولا يوالس،أي لا يخادع،و لا يغدر،وقولهم:دلس في البيع إذا باعه من غير إبانة عن عيبه،فكأنه خادعه،وأتاه به في ظلام.[١]

وفي الاصطلاح:فعل البائع في المبيع فعلا يظن به المشتري كمالا،فلا يوجد كذلك.[٢]

وقد ذكر أهل العلم رحمهم الله أمثلة كثيرة للتدليس،يمكن أن يقاس عليها ما يستجد من مسائل يكون فيها تدليس من العاقد،ومن الأمثلة التي ذكرها أهل العلم في التدليس ما يلي:

أولا:التصرية:وهي ربط ضرع البهيمة،وترك حلبها اليومين،أو الثلاثة،أو أكثر حتى يجتمع اللبن في ضرعها[٣] فيتوهم من رآها بأنها بهيمة ذات لبن كثير،وهي ليست كذلك .

والتصرية محرمة،وقد دل على تحريمها دليلان:

الأول: حديث أبي هريرة رضي الله أن صلى الله عليه وسلم قال : (من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام،فإن ردها رد معها صاعا من تمر) .[٤]

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٢٩٦/٢،لسان العرب لابن منظور ٨٦/٦ .

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٧٥/٢،ينظر بقية التعاريف:التاج والإكليل للمواق٣٤٤/٤،المطلع للبعلي٢٣٦.

(٣)روضة الطالبين للنووي ٤٦٨/٣،حاشية رد المحتار لابن عابدين ٤٤/٥ .

(٤)تقدم تخريجه ص٥٦٣.

الثاني: حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (من غشنا فليس منا). [(١)] والتصرية فيها غش[(٢)] فتكون داخلة في التحريم .

والتصرية يثبت بها الخيار للعاقد ،فهو بخير النظرين إن شاء رد السلعة بها ،وإن شاء أمضى العقد ،وهو قول جمهور أهل العلم رحمهم الله . [(٣)]

وخالف في ذلك الإمام أبو حنيفة ،ومحمد رحمهما الله فقالا :ليس له الخيار وله أن يرجع بالنقصان. [(٤)]

وقول الجمهور هو الراجح في نظري والعلم عند الله تعالى؛لما تقدم من قوله صلى الله عليه وسلم ،ولأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه ،فوجب به الرد كالشمطاء إذا سود شعرها. [(٥)]

ثانيا :تحمير وجه الجارية ،وتسويد شعرها ،حيث يزيد ذلك من حسنها ،وإخفاء كبر سنها ،مما يرغب في شرائها ،ويظن المشتري زيادة جمالها ،أو صغر سنها ،وهي ليست كذلك ،فيثبت الخيار للعاقد ؛لأن هذا التصرف يعتبر من التدليس الذي يختلف الثمن باختلافه.

ثالثا :جمع الماء في الرحى وإرساله عند عرضها على المشتري ،حيث يوهم ذلك كثرة مائها ،مما يجعلها تستوعب قدرا كثيرا من الزراعة ،فيقدم على الشراء ،فيثبت الخيار له ؛لأن هذا تدليس يختلف الثمن باختلافه. [(٦)]

ومن الأمثلة التي تقاس على الأمثلة التي ذكرها أهل العلم رحمهم الله ،طلاء الأشياء القديمة لتظهر كأنها جديدة من بيوت ،أو سيارات ،أو أثاث ،فإذا قام مالك السلعة بإظهارها على غير وجهها الحقيقي فتبين بعد العقد تدليسه فإن المشتري بالخيار ،وهكذا لو قام بتغيير المسافة التي قامت السيارة بقطعها ،فعلم بذلك المشتري بعد العقد فهو بالخيار ،وهكذا يقال

---

(١)رواه مسلم ،كتاب الإيمان ،باب قول النبي صلى الله عليه وسلم : (من غشنا فليس منا) ،صحيح مسلم١/٦٩.

(٢)الشرح الكبير لابن قدامة٢/٣٧٣ ،روضة الطالبين للنووي٣/٤٦٨.

(٣)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥/٤٤ ،المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٥١ ،روضة الطالبين للنووي ٣/٤٦٨ ،الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٧٤.

(٤)حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥/٤٤.

(٥)الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٧٤.

(٦)الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٧٤ ،روضة الطالبين للنووي ٣/٤٧١ .

في كل مبيع تم إظهاره على غير صورته الحقيقية فإن المدلس عليه له الخيار بين الإمساك، والرد؛لأن هذا تدليس يختلف الثمن باختلافه .

ثانيا النجش:

وهو في اللغة :مأخوذ من نجش الشيء، ينجشه، نجشا ، إذا استثاره، وحركه، ومنه يقال:نجش الصيد إذا استثاره واستخرجه، و نجش الحديث أذاعه. [١]

و في الاصطلاح:أن يزيد في ثمن السلعة من لا يريد شراءها ليغري المشتري. [٢]

وقد سمي النجش بذلك؛لأن الناجش يثير الرغبة في السلعة. [٣]

والنجش محرم لا يحل للمسلم فعله؛لأن المصطفى صلى الله عليه وسلم نهى عنه، فعن عبدالله بن عمر رضي الله عنهما قال:(نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش). [٤]

وقد أجمع المسلمون على أن الناجش عاص بفعله للنجش . [٥]

وأما حكم البيع، وثبوت الخيار فيه، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أن العقد يصح، ويثبت الخيار للمشتري، وهو مذهب الحنابلة، [٦] ووجه عند الشافعية، لكنهم قيدوه بوجود المواطأة بين المالك، والناجش[٧] رحمهم الله .

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[فإن اشترى مع النجش؛فالشراء صحيح.. ، لكن إن كان في البيع غبن لم تجر العادة بمثله، فللمشتري الخيار بين الفسخ، والإمضاء] اهـ[٨]

---

(١)لسان العرب لابن منظور ٣٥١/٦ .

(٢)روضة الطالبين للنووي ٤١٦/٣ ، فتح الباري لابن حجر ٣٥٥/٤، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٧٢/٢، الإنصاف للمرداوي ٣٩٥/٤ .

(٣)فتح الباري لابن حجر ٣٥٥/٤.

(٤)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النجش٣/ ٢٤ ، وصحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش وتحريم التصرية ٥/٥ .

(٥)فتح الباري لابن حجر ٣٥٥/٤ .

(٦)الإنصاف للمرداوي ٣٩٥/٤ .

(٧)روضة الطالبين للنووي ٤١٦/٣ ، مغني المحتاج للشربيني ٥٢/٢ .

(٨)المغني لابن قدامة٣٠٥/٦.

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[و لا خيار له إن لم يكن ذلك الذي فعله الناجش بمواطأة البائع، و إن كان فلا خيار على الأصح] اهـ [(١)]

القول الثاني:أن العقد لا يصح مع النجش، وهو مذهب المالكية، [(٢)] ورواية عن الإمام أحمد، [(٣)] رحمهم الله .

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[بيع النجش غير جائز..، وإن وقع فسخ] اهـ [(٤)]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله : [وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ يبطل] اهـ [(٥)]

القول الثالث:أن العقد يصح، ولا يثبت الخيار للمشتري، وهو مذهب الحنفية، [(٦)] والأصح عند الشافعية، [(٧)] ورواية عند الإمام أحمد، [(٨)] رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله : [ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش.. ، وكل ذلك يكره لما ذكرنا ، و لا يفسد به البيع] اهـ [(٩)]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله : [و لا خيار له إن لم يكن ذلك الذي فعله الناجش بمواطأة البائع، و إن كان فلا خيار على الأصح] اهـ [(١٠)]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ يقع لازما فلا فسخ من غير رضا] اهـ [(١١)]

---

(١)روضة الطالبين للنووي٣/٤١٦.

(٢)المعونة للقاضي عبدالوهاب ٢/١٠٣٣ .

(٣)الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٧٢، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٩٥ .

(٤)المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٠٣٣.

(٥)الإنصاف للمرداوي ٤/٣٩٥.

(٦)الهداية للمرغيناني ٣/٥٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٣٨.

(٧)روضة الطالبين للنووي ٣/٤١٦، فتح الباري لابن حجر ٤/٣٥٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/٥٢ .

(٨)المغني لابن قدامة٦/٣٠٥، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٩٥.

(٩)الهداية للمرغيناني ٣/٥٣.

(١٠)روضة الطالبين للنووي ٣/٤١٦.

(١١)الإنصاف للمرداوي ٤/٣٩٥.

الأدلة:

دليل القول الأول:(يصح العقد ،وللمشتري الخيار)استدلوا بقياس النجش على التصرية ،بجامع أن كلاً منهما فيه تدليس،وقد اثبت الشرع الخيار في المصراة ،فكذلك في النجش.[١]

دليل القول الثاني:(لا يصح العقد)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما النقل فحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال:(نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن النجش).[٢]

وجه الدلالة :أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش،والنهي يقتضي الفساد.[٣]

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن النجش فيه مضرة على الناس،وإفساد لمعايشهم؛لأن من عادة الناس أن يركنوا إلى زيادة التاجر،ويعتقدوا أن السلعة تساوي ما يبذلونه فيها،وذلك فيه فساد ،وضرر ،فوجب فسخه.[٤]

دليل القول الثالث:(يصح العقد ،ولا خيار للمشتري)استدلوا بالعقل فقالوا :إن المشتري قد فرط،حيث لم يتأمل،ولم يراجع أهل الخبرة،فلا خيار له.[٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بصحة العقد مع ثبوت الخيار للمشتري؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالنقل،وأن النهي يقتضي الفساد فيجاب عنه:بأن النهي عائد إلى الناجش،لا إلى العاقد ، فلم يؤثر في البيع.

ثالثاً :أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه بأن الفساد ،والمضرة تزول بإثبات الخيار لمن تم التدليس عليه،فإن شاء أمضى العقد ،وإن شاء فسخه،فلا مضرة عليه.

---

(١)مغني المحتاج للشربيني ٥٢/٢ .

(٢)تقدم تخريجه ص ٥٦٦.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٣٣/٢ .

(٤)المصدر السابق.

(٥)مغني المحتاج للشربيني٥٢/٢.

رابعاً :أما استدلال أصحاب القول الثالث فيقال:إن في النجش تغريراً بالعاقد ،وغبناً له فيثبت له الخيار كما في تلقي الركبان. [١]

ثالثاً:تلقي الركبان:

وهو أن يتلقى شخص،أو أكثر طائفة يحملون متاعاً إلى البلد فيشتريه منهم قبل قدومهم السوق،ومعرفتهم السعر،وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك،فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (لا تلقوا الركبان،و لا يبع بعضكم على بيع بعض،و لا تناجشوا ،و لا يبيع حاضر لباد ،و لا تصروا الغنم،ومن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن رضيها أمسكها ،وإن سخطها ردها ،وصاعاً من تمر). [٢]

فنهى صلى الله عليه وسلم عن تلقي الذين يحملون أمتعة لبيعها ،حتى يقدموا السوق، ويعرفوا قيمة ما يحملونه،والنهي يقتضي التحريم،فدل الحديث على حرمة تلقي الركبان.

وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في تفسير المراد من النهي،والحالة المقصودة به.

فالإمام مالك رحمه الله يرى أن المقصود بذلك أهل الأسواق؛لئلا ينفرد المتلقي برخص السلعة دون أهل الأسواق .

وأما الإمام الشافعي رحمه الله فقال:إن المقصود بالنهي دفع الضرر عن البائع؛لأنه يجهل سعر البلد في هذه الحالة. [٣]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله [روي أنهم كانوا يتلقون الأجلاب،فيشترون منهم الأمتعة قبل أن تهبط الأسواق،فربما غبنوهم غبناً بيّناً فيضرونهم،وربما أضروا بأهل البلد ؛لأن الركبان إذا وصلوا باعوا أمتعتهم،والذين يتلقونهم لا يبيعونها سريعاً ،ويتربصون لها السعر ..] [٤] اهـ

فكأن الإمام الموفق رحمه الله جمع بين قولي الإمام مالك،والإمام الشافعي رحمهما الله،وجعل الأمرين سبباً للنهي.

---

(١)الشرح الكبير لابن قدامة ٣٧٢/٢.

(٢)متفق عليه ، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفّل الإبل٢٥/٣ ،وصحيح مسلم، كتاب البيوع،باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ٣/٥ .

(٣)بداية المجتهد لابن رشد ١٣/٥.

(٤)المغني لابن قدامة ٣١٢/٦.

ولا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في أن التلقي إذا كان يضر بأهل البلد، أو كان فيه تلبيس على أهل السلع فهو محرم، وفاعله آثم.[١]

أما إذا لم يكن فيه ضرر بأهل البلد، ولم يكن فيه تلبيس فإن الحنفية رحمهم الله قالوا بأن تلقي الركبان، والحالة هذه لا بأس به.[٢]

وقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في حكم البيع من الركبان قبل قدومهم السوق على قولين:

القول الأول: أن العقد صحيح، وهو مذهب الحنفية،[٣] والمالكية،[٤] والشافعية،[٥] والحنابلة،[٦] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش.. ،وعن تلقي الجلب وهذا إذا كان يضر بأهل البلد، وكل ذلك يكره لما ذكرنا، و لا يفسد به البيع] اهـ[٧]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [فإذا وقع البيع بالتلقي فروى ابن قاسم ينهى، فإن عاد أدّب، و لا ينتزع منه شيء، وهو اختيار أشهب] اهـ[٨]

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [فإن خالف فتلقى، واشترى أثم وصح البيع] اهـ[٩]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فإن خالف، وتلقى الركبان، واشترى

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٢/٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٣٨/٦، المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٣٣/٢، الكافي لابن عبد البر ٧٤٢/٢، روضة الطالبين للنووي ٤١٥/٣، مغني المحتاج للشربيني ٥١/٢، المغني لابن قدامة ٣١٢/٦، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٧١/٢.

(٢) الهداية للمرغيناني ٥٣/٣، شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٣٨/٦، حاشية ابن عابدين ١٠٢/٥.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٢/٥، الهداية للمرغيناني ٥٣/٣.

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٣١/٢.

(٥) روضة الطالبين للنووي ٤١٥/٣، منهاج الطالبين للنووي ٥١/٢.

(٦) المغني لابن قدامة ٣١٣/٦، المقنع لابن قدامة ٤١/٢.

(٧) الهداية للمرغيناني ٥٣/٣.

(٨) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٣١/٢.

(٩) روضة الطالبين للنووي ٤١٥/٣.

منهم فالبيع صحيح في قول الجميع] اهـ [1]

القول الثاني:أن العقد غير صحيح،وهو قول لبعض المالكية،[2] ورواية عن الإمام أحمد،[3] رحمهم الله .

قال الإمام أبو عمر ابن عبدالبر المالكي رحمه الله:[وكان ابن حبيب يذهب إلى فسخ البيع في ذلك] اهـ [4]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وحكي عن أحمد رواية أخرى أن البيع فاسد] اهـ [5]

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن العقد صحيح)استدلوا بالنقل،والعقل .

أما دليلهم من النقل فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(لا تلقوا الجلب،فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار).[6]

ووجه الدلالة:أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب،ثم جعل للبائع في ذلك الخيار،والخيار لا يكون إلا في بيع صحيح،فلما جعل النبي صلى الله عليه وسلم الخيار له دل هذا على صحة العقد.

أما دليلهم من العقل فقالوا:إن النهي ليس لمعنى في البيع،بل يعود إلى ضرب من الخديعة،يمكن استدراكها بإثبات الخيار،فأشبه بيع المصراة .[7]

دليل القول الثاني:(أن العقد غير صحيح)

استدلوا بالنقل فقالوا:قد ورد النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي

---

(١)المغني لابن قدامة٦/٣١٣.

(٢)التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٨٧،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٤٣٢.

(٣)المغني لابن قدامة ٦/٣١٣،الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٧١،الإنصاف للمرداوي ٤/٣٩٤.

(٤)التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٨٧.

(٥)المغني لابن قدامة٦/٣١٣.

(٦)رواه مسلم في كتاب البيوع،باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه ..،صحيح مسلم ٥/ ٥ .

(٧)المغني لابن قدامة٦/٣١٣.

الركبان[(١)]، والنهي يقتضي الفساد.[(٢)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بصحة العقد؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيجاب عنه بأن النهي ليس عائداً إلى ذات البيع، وإنما هو عائد إلى التلقي المستوجب للخديعة، والضرر، ويمكن استدراك تلك الخديعة، والضرر بإثبات الخيار.

إذا تقرر أن العقد صحيح، فإن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في إثبات الخيار لأصحاب السلع إذا غبنوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن لهم الخيار، وهو مذهب الشافعية،[(٣)] والحنابلة،[(٤)] وبعض الحنفية،[(٥)] والمالكية،[(٦)] رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [ولهم الخيار إذا عرفوا الغبن] اهـ[(٧)]

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [فإذا تقرر هذا فللبائع الخيار إذا علم أنه قد غبن] اهـ[(٨)]

وقال الإمام الكمال ابن الهمام الحنفي رحمه الله: [لكنه يثبت الخيار في تلقي الركبان على ما قدمناه] اهـ[(٩)]

وقال الإمام أبو عمر ابن عبد البر المالكي رحمه الله بعد سياقه لقول الشافعي رحمه

---

(١) تقدم تخريجه ص٥٦٩.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الحاوي الكبير للماوردي٥/٣٨، روضة الطالبين للنووي ٣/٤١٥، مغني المحتاج للشربيني٢/٥١.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٣١٣، الشرح الكبير لابن قدامة ٢/٣٧١.

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٣٨.

(٦) المعونة للقاضي عبدالوهاب٢/١٠٣٣، التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٨٧، بداية المجتهد لابن رشد ٥/١٤.

(٧) منهاج الطالبين للنووي٢/٥١.

(٨) المغني لابن قدامة٦/٣١٣.

(٩) شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٤٣٨.

الله:[وقد روي بمثل ما قاله الشافعي خبر صحيح يلزم العمل به] اهـ [(١)]

القول الثاني:لا خيار لهم،وهو مذهب الحنفية،[(٢)]وقول للمالكية،[(٣)]رحمهم الله.

قال الإمام أبو جعفر الطحاوي[(٤)]الحنفي رحمه الله:[فإن قال قائل:فأنتم لا تجعلون الخيار للبائع المتلقي،كما جعله له النبي صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث ..] اهـ [(٥)]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[فإذا وقع البيع بالتلقي،فروى ابن قاسم ينهى؛فإن عاد أدب،و لا ينتزع منه شيء،وهو اختيار أشهب] اهـ [(٦)]

القول الثالث:لا خيار لهم،وإن كانت السلعة تعرض على أهل السوق،فإن أحبوا اشتركوا فيها، وإن أبوا ردت على مبتاعها،وهو مذهب المالكية[(٧)]رحمهم الله.

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[قال ابن القاسم:أرى أن يشترك فيها التجار،وغيرهم ممن يطلب ذلك،ويكون كأحدهم] اهـ [(٨)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن لهم الخيار)استدلوا بالنقل،فعن أبي هريرة رضي الله عنه(أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الجلب،فإن تلقاه متلق،فاشتراه،فصاحب السلعة بالخيار؛إذا وردت السوق).[(٩)]

ووجه الدلالة:أن المصطفى صلى الله عليه وسلم جعل الخيار لصاحب السلعة إذا ورد السوق،وهو نص في المسألة .

---

(١)التمهيد لابن عبدالبر١٨/١٨٧.

(٢)شرح معاني الآثار للطحاوي٤/٩،بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٣٣.

(٣)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٤٣٢.

(٤)هو الإمام أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي،ولد سنة ٢٣٩هـ،محدث الديار المصرية وفقيهها،أحد الثقات الأثبات،والحفاظ الجهابذة،كان على المذهب الشافعي،ثم انتقل إلى المذهب الحنفي،توفي رحمه الله سنة٣٢١ هـ (البداية والنهاية لابن كثير١١/١٧٤،سير أعلام النبلاء للذهبي ١٥/٢٧) .

(٥)شرح معاني الآثار للطحاوي٤/٩.

(٦)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٤٣١.

(٧)التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٨٧،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٤٣٢ .

(٨)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٤٣٢.

(٩)رواه أبو داود،كتاب البيوع،باب التلقي سنن أبي داود ٣/٢٦٩ وتقدم نحوه في صحيح مسلم ٥/٥ .

دليل القول الثاني:(لا خيار لهم)استدلوا بالعقل فقالوا :إن البيع بعد تفرقهما عقد لازم،ولم يتعلق به وجه فساد يمنع صحته،وإنما يتعلق بالتلقي الحرج لمن فعله،وذلك لا يوجب أخذ ما اشتراه،وانتزاعه منه. (١)

دليل القول الثالث:(لا خيار لهم،ويشترك فيها التجار)استدلوا بالنقل،فقالوا :إن السبب في النهي عن تلقي الركبان في الحديث إنما هو لمصلحة التجار أنفسهم،والخيار لهم فإن أرادوا اشتركوا في السلعة،وإن شاءوا تركوا. (٢)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بأن لأصحاب السلع الخيار إذا قدموا السوق،وتبين بأنهم قد غبنوا ؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني بالعقل،فيجاب عنه:بأنه قياس مع النص فيكون فاسد الاعتبار،فالنص قد ورد بإثبات الخيار،فدل على أن العقد لم يلزم لوجود الخيار فيه.

ثالثا :تقدم أن النهي في الحديث لدفع الضرر عن أهل السلع،وأهل البلد،فالضرر على الاثنين معا،فاشتراك أهل السوق في السلعة إذا شاءوا لا يرفع الضرر عن أهل السلع،ولذا فالخيار هو الذي يدفع عن أصحاب السلع الخديعة إذا غبنوا في ثمنها .

رابعا :قياس تلقي الركبان على التصرية،بجامع أن كلا منهما فيه خديعة للعاقد،والتصرية توجب الخيار،فكذلك التلقي للركبان .

وبهذا يتبين أن كلا من التدليس،والنجش،وتلقي الركبان،يترتب عليه ثبوت خيار العيب،ويكون ذلك الخيار مانعا للعقد من اللزوم،فمن وجد تغريرا في العقد بأحد هذه الأمور فمن حقه أن يفسخ العقد بموجب هذا الخيار الذي منحه إياه الشارع الحكيم.

العقود التي تتأثر بخيار العيب:

خيار العيب قد اتفق أهل العلم على مشروعيته كما تقدم (٣)،فلمن وجد عيبا في المعقود

---

(١)المنتقى للباجي٥/١٠٢.

(٢)التمهيد لابن عبد البر ١٨/١٨٩.

(٣)ينظر ص٥٦٢.

عليه فسخ العقد، و إمضاؤه، وخيار العيب يكون في عقد البيع بلا خلاف؛لأن النص الوارد في خيار العيب إنما هو في البيع. (١)

وقد عدد الشيخ محمد بن عابدين الحنفي رحمه الله العقود التي يشرع فيها خيار العيب فقال:[ويثبت في الشراء، والمهر، والخلع، وبدل الصلح عن دم العمد، وفي الإجارة.. وفي القسمة، والصلح عن المال](٢)اهـ

وقد بين القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله العقود التي تتأثر بالعيب فقال:[أما العقود التي يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف، فهي العقود التي المقصود منها المعاوضة، كما أن العقود التي ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضا في أنها لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير ثواب، ..](٣)اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله : [فإن لم يعلم بالعيب، واشتراه فهو بالخيار بين أن يمسك، وبين أن يرد؛لأنه بذل الثمن ليسلم له مبيع سليم، ولم يسلم له ذلك، فثبت له الرجوع بالثمن] اهـ (٤)

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله :[فمن اشترى معيبا لم يعلم حال العقد عيبه، ثم علم بعيبه فله الخيار] اهـ (٥)

كما صرح بعض أهل العلم رحمهم الله بمشروعية خيار العيب في عقد الإجارة، فمن ذلك ما قاله الإمام أبو الحسن المرغيناني رحمه الله:[ومن استأجر دارا، فوجد بها عيبا، يضر بالسكنى فله الفسخ](٦)اهـ

وقال الشيخ محمد الدردير المالكي رحمه الله :[وخير المستأجر في الفسخ، وعدمه، إن تبين له أنه:أي الأجير من عبد، وغيره سارق:أي شأنه السرقة؛لأنها عيب يوجب الخيار في

---

(١)ينظر ص ٥٦٣.

(٢)حاشية رد المحتار لابن عابدين٥/٣.

(٣)بداية المجتهد لابن رشد٥/٣٤.

(٤)المهذب للشيرازي١/٢٩١.

(٥)كشاف القناع للبهوتي٣/٢١٨.

(٦)الهداية للمرغيناني٣/٢٤٩.

الإجارة، والبيع] اهـ [١]

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله :[إذا وجد المستأجر بالعين عيبا جاز له أن يرد؛لأن الإجارة كالبيع] اهـ [٢]

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي رحمه الله بعد ذكره لزوم عقد الإجارة:[ليس لأحدهما فسخها بعد انقضاء الخيار إن كان، إلا أن يجد العين معيبة عيبا، لم يكن علم به فله الفسخ][٣] اهـ

وهكذا يثبت خيار العيب في عقد النكاح [٤]، فلكل من الزوجين الخيار إذا وجد بالآخر عيبا موجبا للفسخ، قال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله:[إذا وجد بالمرأة عيب يؤثر في المعنى المقصود بالنكاح، ويمنع الالتذاذ، واستيفاء الاستمتاع، فالزوج بالخيار..] [٥] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله بعد ذكره العيوب في النكاح:[والخيار في هذه العيوب على الفور؛ لأنه خيار ثبت بالعيب، فكان على الفور كخيار العيب في البيع][٦]اهـ

وقال الإمام أبو القاسم عمر الخرقي الحنبلي رحمه الله :[وأي الزوجين وجد بصاحبه جنونا..، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ النكاح] اهـ [٧]

فمما سبق يتضح أن خيار العيب لا يدخل في العقود التي لا يقصد منها العوض، كما أن العقود الجائزة تستغني بجوازها عن مشروعية خيار العيب فيها، فإذا كان له الرد مع عدم وجود عيب، فرده مع العيب أولى.

---

(١)الشرح الصغير للدردير٢/٢٨١.

(٢)المهذب للشيرازي١/٤١٢.

(٣)الإقناع للحجاوي٢/٣٠٨.

(٤)لم يعتبر الحنفية رحمهم الله من العيوب الموجبة للفسخ غير الجب، والعنة، والخصي، زاد محمد رحمه الله الجنون، والجذام، والبرص، الاختيار للموصلي٣/١١٥.

(٥)المعونة للقاضي عبد الوهاب٢/٧٧٠.

(٦)المهذب للشيرازي٢/٤٩.

(٧)مختصر الخرقي٨٦.

وأما ما يقصد منه العوض كالبيع، وما في معناه، والإجارة، والنكاح، ونحوها، فإن خيار العيب فيها مشروع.

أثر خيار العيب:

إذا تم العقد بين الطرفين، وكان من صفته اللزوم، فإن العقد لا يكون لازما إذا وجد فيه عيب يخل بالمطلوب في المعقود عليه، فلمن تضرر بذلك العيب أن يفسخ العقد، سواء رضي صاحبه، أم لا، فثبت أن خيار العيب يعتبر من الموانع التي تمنع لزوم العقد. [1]

فما دام أن العقد اشتمل على عيب في المعقود عليه كان له الخيار في العقد، فإن شاء رضي بالعيب فلزمه العقد، وإن شاء فسخ العقد لعدم لزومه بعد.

هذا فيما يتعلق بخيار العيب، إلا أن المعقود عليه قد لا يكون فيه ما يمنع اللزوم بأن كان مكتملا لا عيب فيه، وإنما وجد الخلل في العاقد نفسه بأن كان لا يتقن التجارة فيكون عرضة للغبن، وهذا ما يسمى بخيار غبن المسترسل كما سوف يتبين في المقصد التالي.

---

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام٦/٢٧٦.

المقصد السادس

خيار غبن المسترسل

الناس ليسوا على درجة واحدة في إتقان المماكسة في البيع، والشراء، وفي معرفة السلع وأثمانها، فربما غبن البعض من هذا الطريق، ولذا فقد تحدث أهل العلم رحمهم الله عن الخيار المترتب على هذا الأمر.

والغبن في اللغة: الخداع، ومنه يقال: غبنه غبناً، أي خدعه، ووكسه في القيمة.[(١)]

و في الاصطلاح: عبارة عن بيع السلعة، أو شرائها بأكثر مما جرت العادة أن الناس يتغابنون بمثله.[(٢)]

فالغبن منه اليسير، ومنه الفاحش، فما اعتاد الناس على التغابن بمثله، فهو اليسير الذي لا يؤثر على العقد، أما ما لم يعتد الناس عليه؛ فهو الفاحش الذي له تأثير على العقد.

والمسترسل في اللغة: مستفعل من رسل، وله عدة معان أقرب هذه المعاني إلى موضوع البحث هو: الاستئناس، والطمأنينة إلى الإنسان، والثقة فيما يحدثه، وأصله السكون، والثبات، يقال: استرسل إليه أي انبسط واستأنس.[(٣)]

وفي الاصطلاح: هو الجاهل بالقيمة، سواء كان بائعاً، أو مشترياً.[(٤)]

مشروعية الخيار للمغبون:

لا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله في عدم جواز غبن المسترسل بل يجب النصح له من حيث جودة السلعة، وتناسب قيمتها؛ لعموم الأدلة الناهية عن الغرر، والغش، ووجوب النصح للمسلمين، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة:١٨٨].

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٣/٣٠٩، المصباح المنير للفيومي ١٦٨.

(٢) مواهب الجليل للحطاب ٤/٤٦٨.

(٣) لسان العرب لابن منظور ١١/٢٨٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٣٦، الإنصاف للمرداوي ٤/٣٩٧.

وقوله صلى الله عليه وسلم: (من غشنا فليس منا). [١]

فقد دل هذان النصان على تحريم الغش، فالأول خاص بالتجارة، والثاني عام شامل للتجارة، وغيرها.

و الغبن غير المعتاد اختلف أهل العلم رحمهم الله في ثبوت الخيار فيه للشخص المغبون، وذلك على قولين:

القول الأول:أن له الخيار، وهو مذهب الحنابلة، [٢] والمالكية في المشهور، [٣] و قول للحنفية، وعليه الفتوى إذا حدث عن تغرير، [٤] رحمهم الله .

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[المسترسل إذا غبن غبناً يخرج عن العادة؛فله الخيار بين الفسخ، والإمضاء] اهـ [٥]

وقال القاضي عبدالوهاب المالكي رحمه الله:[والآخر مختلف فيه، وهو أن تكون فيه مغابنة خارجة عن حد ما يتغابن الناس بمثله، فقيل:إن البيع لازم، ولا خيار، وقيل:للمغبون الخيار] اهـ [٦]

وقال الشيخ محمد بن عبدالله التمرتاشي الحنفي رحمه الله:[و لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية، ويفتى بالرد إن غرَّه، وإلا فلا] اهـ [٧]

القول الثاني:أنه لا خيار له، وهو مذهب الشافعية، [٨] وظاهر الرواية عند الحنفية، [٩] وقول عند المالكية، [١٠] ورواية عن الإمام أحمد، [١١] رحمهم الله .

---

(١)تقدم تخريجه ص٥٦٥.

(٢)المغني لابن قدامة ٣٦/٦، الإنصاف للمرداوي ٣٩٦/٤.

(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٤٩/٢، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٤٩٧/٢، مواهب الجليل للحطاب٤٧٠/٤، حاشية الدسوقي١٤١/٣.

(٤)حاشية رد المحتار لابن عابدين ١٤٣/٥.

(٥)المغني لابن قدامة ٣٦/٦.

(٦)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٦٤/٢.

(٧)تنوير الأبصار للتمرتاشي١٤٣/٥.

(٨)المهذب للشيرازي٢٩٤/١، روضة الطالبين للنووي٤٧٢/٣.

(٩)حاشية رد المحتار لابن عابدين١٤٣/٥.

(١٠)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٣٦٤/٢، حاشية الدسوقي١٤١/٣.

(١١)المغني لابن قدامة ٣٦/٦، الإنصاف للمرداوي ٣٩٦//٤،

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله:[وإن اشترى شيئاً، فتبين أنه غبن في ثمنه، لم يثبت له الرد] اهـ [(١)]

وقال الشيخ محمد بن عبدالله التمرتاشي الحنفي رحمه الله:[و لا رد بغبن فاحش في ظاهر الرواية، ويفتى بالرد إن غرَّه، و إلا فلا] اهـ [(٢)]

وقال القاضي عبدالوهاب المالكي رحمه الله:[والآخر مختلف فيه وهو أن تكون فيه مغابنة خارجة عن حد ما يتغابن الناس بمثله، فقيل:إن البيع لازم، ولا خيار، وقيل للمغبون الخيار] اهـ [(٣)]

وقال الإمام أبو الحسن المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه ـ أي الإمام أحمد رحمه الله ـ لا يثبت] اهـ [(٤)]

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن له الخيار)استدلوا بالنقل، والعقل

أما دليلهم من النقل[(٥)]:فقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة:١٨٨].

ووجه الدلالة :أن الله سبحانه وتعالى نهى عن أكل مال المسلم بالباطل، وغبن المسترسل من أكل المال بالباطل، فكان منهياً عنه .

وأما دليلهم من العقل فقالوا :إنه نوع من الغبن في الأثمان، فجاز أن يتعلق به الخيار كالغبن في تلقي الركبان. [(٦)]

دليل القول الثاني:(لا خيار له)استدلوا بالعقل فقالوا :إن المبيع سليم، ولم يوجد من جهة البائع تدليس، وإنما فرَّط المشتري في ترك الاستظهار، فلم يجز له الرد. [(٧)]

---

(١)المهذب للشيرازي١/٢٩٤.

(٢)تنوير الأبصار للتمرتاشي٥/١٤٣.

(٣)التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٣٦٤.

(٤)الإنصاف للمرداوي٤/٣٩٦.

(٥)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٤٩، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٤٩٧.

(٦)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٤٩، المغني لابن قدامة ٦/٣٦ .

(٧)المهذب للشيرازي ١/٢٩٤.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله هو القول بثبوت الخيار للمسترسل إذا غبن غبناً غير معتاد؛ وذلك لما يأتي :

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول .

ثانياً: أما دليل أصحاب القول الثاني فيقال: لا يسلم لهم بأنه لم يحصل من جهة البائع تدليس؛ ذلك أن المسترسل قد اطمأن، واستأنس للبائع أملاً في الحصول على قيمة تناسب السلعة، أو أنه سكت عن المماكسة، وقبل الثمن ظناً من أنه السعر الذي جرى به العرف، فلما غبنه غبناً فاحشاً كان ذلك منه تدليساً؛ يجعل للمشتري الحق في الخيار بين الإمضاء، أو الفسخ .

ثالثاً: أن هناك توافقاً كبيراً بين غبن المسترسل و غبن الركبان في حال تلقيهم، من جهة كون كل منهما قد أمن المشتري على قيمة السلعة، فأضر به، فثبت لكل منهما الخيار؛ دفعاً لذلك الضرر.

العقود التي تتأثر بخيار الغبن:

نص العلماء رحمهم الله القائلون بإثبات خيار الغبن على اعتباره في عقد البيع،[1] والإجارة[2]، اللذين هما أصلا عقود المعاوضات المالية، فلو استأجر رجل داراً بمبلغ مرتفع يغبن بمثله، وبعد العقد تبين له أنه قد غبن ، فإنه بالخيار إن شاء استرجع القيمة الزائدة، وإن شاء فسخ العقد .

قال القاضي عبدالوهاب البغدادي المالكي رحمه الله في خيار الغبن في البيع :[وقيل للمغبون الخيار إذا دخل على بيع الناس المعتاد] اهـ[3]

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله :[وكذا إجارة يثبت فيها خيار الغبن إذا جهل أجرة المثل، ولم يحسن المماكسة] اهـ[4]

---

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٤٩، المغني لابن قدامة ٦/٣٦ .

(٢) كشاف القناع للبهوتي ٣/٢١٢.

(٣) التلقين للقاضي عبدالوهاب ٢/٣٦٤.

(٤) كشاف القناع للبهوتي ٣/٢١٢.

وعلى هذا فيثبت خيار الغبن في كل من عقد البيع، والإجارة، ويلتحق بهما عقد الصلح، والقسمة؛ لأن كلاً منهما يؤول إلى عقد البيع، و الإجارة.

أثر خيار الغبن في لزوم العقد:

خيار الغبن يصير العقد اللازم عقداً جائزاً، فالمغبون يحق له أن يطالب بما زاد عن الثمن المعتاد، وإلا حق له أن يفسخ العقد لعدم لزومه مع هذا الغبن، فكان خيار الغبن مانعاً من لزوم العقد.

وبهذا النوع من الخيار تنتهي أنواع الخيار التي تبين منعها للزوم العقد.

الفصل الثاني

سوالب اللزوم

تمهيد:

في تعريف السالب والفرق بينه وبين المانع

تعريف السالب:

في اللغة :السالب اسم فاعل من سلب، يسلب، سَلْباً، وهو الانتزاع بخفه، ومنه قولهم:سلبت ثوبه إذا أخذته منه، ورجل سليب:أي مستلب العقل، وشجرة سليب:إذا سلبت أوراقها، وأغصانها، أي نزعت، وأخذت .[1]

وفي الاصطلاح: الانتزاع.[2] وهو هنا في سلب لزوم العقد لا يختلف عن حقيقة السلب في اللغة، والاصطلاح؛ ولهذا يمكن أن يقال في تعريفه :انتزاع صفة اللزوم من العقد اللازم، وإكسابه صفة الجواز.

الفرق بين المانع والسالب:

يمكن أن يفرق بين المانع، والسالب أن المانع أخص من السالب؛ لأن السالب يسلب صفة ؛فيكون مانعاً، وأما المانع فإنه لا يلزم منه أن يسلب، فإذا لم يتوفر شرط، ونحوه، لم يكتسب ذلك الشيء تلك الصفة حتى يسلب منها .

ففي لزوم العقد تتوفر جميع الشروط، ويكتسب العقد صفة اللزوم، لأن موانعه قد تخلفت، لكن يمكن للعقد بعد اكتسابه لهذه الصفة، وخلوه من موانعها، أن يطرأ عليه سالب يوجب الحكم بزوال ذلك اللزوم، فصار السالب أقوى من المانع الذي لا يقوى على سلب صفة اللزوم، وإزالتها بعد وجودها ؛ولهذا يقول الشيخ شمس الدين الرملي رحمه الله:[وعبر بالانسلاب، دون الامتناع؛لأن الثاني لا يفيد السلب بخلاف الأول ..] [3] اهـ وبهذا يتضح أن السلب أعم من المانع ويقال بأن كل سالب مانع وليس العكس.

وفي هذا الفصل سيكون الحديث عن سوالب اللزوم فيه من خلال المباحث الأربعة التالية :

المبحث الأول:الإقالة.

المبحث الثاني:الجوائح.

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس ٩٢/٣ ،لسان العرب لابن منظور ٤٧١/١ ، المصباح المنير للفيومي ١٠٨.

(٢)التعريفات للجرجاني ١٢٦.

(٣)نهاية المحتاج للرملي ٣٥٤/٤ ،ينظر مغني المحتاج للشربيني ٢٢٥/٢.

المبحث الثالث: العذر الطارئ.

المبحث الرابع: الرجوع في العقد.

المبحث الأول

الإقالة

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب:

المطلب الأول:تعريف الإقالة وحقيقتها .

المطلب الثاني:مشروعية الإقالة .

المطلب الثالث:شروط الإقالة .

المطلب الرابع:العقود اللازمة التي تؤثر فيها الإقالة .

المطلب الخامس:أثر الإقالة في سلب لزوم العقد.

المطلب الأول

تعريف الإقالة وحقيقتها

تعريف الإقالة:

في اللغة: مأخوذ من: أقال، يقيل، إقالة، وفي لغة: قال، يقيل، قيلاً، كلّه بمعنى الرفع، يقال: أقال الله عثرته، إذا رفعه بعد سقوطه.[1]

وفي الاصطلاح: رفع العقد.[2]

حقيقة الإقالة:

لأهل العلم رحمهم الله في حقيقة الإقالة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الإقالة فسخ للعقد في حق العاقدين، وغيرهما، فبالإقالة ينحل العقد اللازم، سواء كان لازماً للطرفين، أو كان لازماً في جانب طرف واحد، وهو قول محمد بن الحسن، وزفر، من الحنفية،[3] والأظهر عند الشافعية،[4] والمذهب عند الحنابلة،[5] رحمهم الله.

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله: [وقال محمد: فسخ، فإن تعذر فبيع ..، وقال زفر: فسخ في حق المتعاقدين، وغيرهما][6] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وفي كونها فسخاً، أو بيعاً قولان: أظهرها فسخ ..][7] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [اختلفت الرواية في الإقالة، فعنه: أنها فسخ، وهو الصحيح ..][8] اهـ

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٥٧٩/١١، المصباح المنير للفيومي ١٩٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥، البحر الرائق لابن نجيم ١١٠/٦، مواهب الجليل للحطاب ٤٨٤/٤، الخرشي على خليل ١٦٥/٥، روضة الطالبين للنووي ٤٩٥/٣، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٨/٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥، شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٤٩/٦ .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ١١٥، مغني المحتاج للشربيني ٨٩/٢ .

(٥) المغني لابن قدامة ١٩٩/٦، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٩/٣ .

(٦) الاختيار للموصلي ١١/٢ .

(٧) روضة الطالبين للنووي ٤٩٥/٣ .

(٨) المغني لابن قدامة ١٩٩/٦ .

القول الثاني:أن الإقالة بيع جديد في حق العاقدين،وغيرهما ، إلا أن يتعذر ذلك فتكون فسخاً ،وهو قول المالكية في المشهور ،[(١)] وقول أبي يوسف من الحنفية ،[(٢)] وقول عند الشافعية ،[(٣)] ورواية عند الحنابلة ،[(٤)] رحمهم الله.

قال الإمام أبو عبد الله الحطاب المالكي رحمه الله:[والمشهور ما ذكره المصنف أن الإقالة بيع من البيوع ، إلا في الطعام؛فليست ببيع ،وإنما هي حل للبيع السابق ..] [(٥)] اهـ

وقال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[وقال أبو يوسف:إنها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما ، إلا أن لا يمكن أن تجعل بيعاً؛فتجعل فسخاً] [(٦)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله تعالى:[وفي كونها فسخاً ،أو بيعاً قولان][(٧)] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[اختلفت الرواية في الإقالة .. ،والثانية:أنها بيع ..][(٨)] اهـ

القول الثالث:أن الإقالة فسخ في حق العاقدين،بيع في حق غيرهما ،وهو قول أبي حنيفة [(٩)] رحمه الله .

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وهي فسخ في حق المتعاقدين،بيع جديد في حق ثالث عند أبي حنيفة][(١٠)] اهـ

الأدلة:

---

(١)مواهب الجليل للحطاب ٤٨٥/٤ ،الخرشي على خليل ١٦٦/٥ ، إلا أنهم على المشهور استثنوا بيع الطعام حيث لم يعتبروا الأدلة فيه بيعاً ،وإنما اعتبروها حلاً للبيع الأول.

(٢)المبسوط للسرخسي ١٦٦/٢٥ ،بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥.

(٣)الأشباه والنظائر للسيوطي ١١٥ ،مغني المحتاج للشربيني ٨٩/٢.

(٤)المغني لابن قدامة ١٩٩/٦ الممتع شرح المقنع للتنوخي ١٣٣/٣ .

(٥)مواهب الجليل للحطاب ٤٨٥/٤.

(٦)بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥.

(٧)روضة الطالبين للنووي ٤٩٥/٣.

(٨)المغني لابن قدامة ١٩٩/٦.

(٩)الاختيار للموصلي ١١/٢.

(١٠)المصدر السابق.

دليل القول الأول:(أن الإقالة فسخ للعقد)استدلوا بالعقل من وجوه:

الوجه الأول:أن الإقالة في اللغة هي الرفع،والإزالة يقال:أقال الله عثرتك،أي أزالها،و الأصل أن معنى التصرف شرعاً ما ينبئ عنه اللفظ لغة،ورفع العقد فسخه .[1]

الوجه الثاني:أن البيع،والإقالة اختلفا اسماً،فيختلفان حكماً هذا هو الأصل،فإذا كانت الإقالة رفعاً،فلا تكون بيعاً؛لأن البيع إثبات،والرفع نفي،وبينهما تناف،فكانت الإقالة على هذا التقدير فسخاً محضاً،فتظهر في حق كافة الناس،وليس في حق بعضهم،دون البعض .[2]

الوجه الثالث:أن إجماع أهل العلم رحمهم الله على أن للمُسْلَم إليه أن يقيل المُسْلِم في جميع المُسلَم فيه مع إجماعهم على النهي عن بيع الطعام قبل قبضه،فيه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً.[3]

الوجه الرابع:أن الإقالة تتقدر بثمن الأول،ولو كانت بيعاً لم تتقدر به.[4]

الوجه الخامس:أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع،فكان فسخاً،كالرد بالعيب .[5]

دليل القول الثاني:(أن الإقالة بيع)استدلوا بالعقل من وجوه:

الوجه الأول:أن معنى البيع مبادلة المال بالمال،وهو أخذ بدل،وإعطاء بدل،وقد وجد في الإقالة،فكانت بيعاً؛لوجود معنى البيع فيها،والعبرة بالمعنى لا بالصورة.[6]

الوجه الثاني:أن المباع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه،فلما كان الأول بيعاً،فكذلك الثاني.[7]

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥،المغني لابن قدامة٦/١٩٩،الممتع شرح المقنع للتنوخي٢/١٣٣ .

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٥/٣٠٦ .

(٣)المغني لابن قدامة ٦/١٩٩،الممتع شرح المقنع للتنوخي ٢/١٣٣.

(٤)المصدرين السابقين .

(٥)المصدرين السابقين .

(٦)بدائع الصنائع للكاساني٥/٣٠٦.

(٧)المغني لابن قدامة ٦/١٩٩،الممتع شرح المقنع للتنوخي ٢/١٣٣ .

الوجه الثالث :أن الإقالة نقل الملك على عوض على وجه التراضي، فكانت بيعا كالأول.[١]

الوجه الرابع :أن الإقالة تكون بيعا لما تقدم، أما إذا تعذر ذلك فهي فسخ للعقد، وحل لآثاره، لتعذر وصفه بأن ذلك التقايل بيع.ففي الطعام قبل القبض هي حل للبيع وليست بيعا ؛لورود النهي عن بيع الطعام قبل قبضه.[٢]

دليل القول الثالث:(فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق غيرهما)

استدلوا بما تقدم من أدلة في القول الأول، والقول الثاني؛لأنهم يقولون بأنها فسخ وبيع، لكنهم فرقوا بين العاقدين، وغيرهما، ووجه التفريق أنهم قالوا : إنه لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي، فأظهرناه في حق الثالث، فجعل فسخا في حقهما، بيعا في حق الثالث .[٣]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الإقالة فسخ للعقد، ورفع لآثاره؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من العقل .

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه بأنهم لما جعلوا الإقالة بيعا اضطروا إلى الاستثناء في الإقالة في بيع الطعام قبل قبضه، بخلاف جعل الإقالة فسخا حيث لا استثناء فيه، وهذا يدل على أن جعلها فسخا أقوى من جعلها بيعا.

ثالثا :أما استدلال أصحاب القول الثالث بالتفريق بين العاقدين، وغيرهما فيقال:بأن ما كان فسخا في حق المتعاقدين، كان فسخا في حق غيرهما ، كالرد بالبيع، والفسخ بالخيار، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص، و آخر، والأصل اعتبار الحقائق .[٤]

---

(١)المصدرين السابقين .

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٩٧١/٢ ،بداية المجتهد لابن رشد ٥٣٠/٤.والمراد بالنهي ما ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفه) رواه البخاري، كتاب البيوع، باب بيع الطعام قبل أن يقبض..، صحيح البخاري٢٣/٣.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٦/٥.

(٤)المغني لابن قدامة ٢٠٠/٦.

إذا تقرر أن الإقالة هي في حقيقتها تعتبر فسخاً فهل هي فسخ للعقد من أصله، أم أن الفسخ فيها يكون من حين الإقالة ؟

اختلف العلماء رحمهم الله القائلون باعتبار الإقالة فسخاً في هذه المسألة، وذلك على قولين:

القول الأول:أن الفسخ فيها يكون من حين الإقالة، وهو مذهب الشافعية،[١] والحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال الشيخ محمد الشربيني رحمه الله:(والفسخ من الآن، وقيل من أصله]‏[٣] اهـ

وقال الإمام شمس الدين ابن مفلح الحنبلي رحمه الله:[وفي تعليق القاضي، والمغني وغيرها أن الإقالة فسخ للعقد من حينه وهذا أظهر ..]‏[٤] اهـ

القول الثاني:أن الفسخ يكون من أصل العقد وهو قول عند الشافعية،[٥] وقول لبعض الحنابلة،[٦] رحمهم الله .

قال الشيخ محمد الشربيني رحمه الله:(والفسخ من الآن، وقيل من أصله]‏[٧] اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[والذي رأينا في المغني:الإقالة فسخ للعقد، ورفع له من أصله]‏[٨] اهـ

الأدلة :

دليل القول الأول:(الإقالة رفع للعقد من حينه)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قضى أن الخراج بالضمان).[٩]

---

(١)مغنى المحتاج للشربيني ٨٩/٢ .

(٢)الفروع لابن مفلح ١٢٤/٤، كشاف القناع للبهوتي ٢٥٠/٣ .

(٣)مغني المحتاج للشربيني ٨٩/٢ .

(٤)الفروع لابن مفلح ١٢٤/٤.

(٥)مغني المحتاج للشربيني ٨٩/٢. .

(٦)الإنصاف للمرداوي ٤٨١/٤.

(٧)مغني المحتاج للشربيني ٨٩/٢ .

(٨)الإنصاف للمرداوي ٤٨١/٤، ينظر المغني ٤١٧/٦ .

(٩)تقدم تخريجه ص ٤١٣.

ووجه الدلالة :أن المعقود عليه قبل الإقالة هو في ضمان من هو في يده ،فالخراج له بنص الحديث ،ولو قيل: بأن الإقالة من أصل العقد لخالف ذلك نص الحديث ،فدل على أن الإقالة من حين الإقالة وليست من أصل العقد .

وأما دليلهم من العقل فقالوا : إن الإقالة فسخ ،فيكون من حينه ،كالرد بالعيب ،وسائر الفسوخ .(١)

دليل القول الثاني:(الإقالة رفع للعقد من أصله)لم أعثر لهم على دليل ،ولعله أن يكون دليلهم النظر إلى معنى الإقالة في اللغة ،وهو الرفع ،والإزالة وهذا يقتضي أن يكون من أصل العقد حتى تحصل مطابقة المعنى الشرعي للمعنى اللغوي .

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ،والعلم عند الله ،هو القول بأن الإقالة فسخ للعقد من حينه ،وليس من أصله؛وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل ،والعقل .

ثانياً :أما احتمال ما يمكن أن يكون استدلالاً لأصحاب القول الثاني ،فيقال:إن المعنى اللغوي لا يقتضي أن يكون الرفع من أصل العقد؛ ذلك أن الرفع ،والإزالة قد يبقى لها أثر ،ولا تزول بالكليّة ،وهذا مناسب للقول بأن الرفع من حين الفسخ ،لا من حين التعاقد.

ثالثاً :أن هذا القول يناسب المقصود من الإقالة ؛ذلك أنها شرعت للرفق بأحد المتعاقدين ،فإن حصل نماء في المعقود عليه؛فلن يرضى بالإقالة إذا علم بأنه ليس له هذا النماء ،والإقالة قد تحصل من المتعاقدين جميعاً ،أو تحصل من أحدهما من غير تحديد ،فقد يندم أحدهما على الشراء ،أو يندم الآخر على البيع أو غيرها من العقود فالقول بالفسخ من حين الإقالة هو الذي يتناسب مع المقصود من الإقالة .

---

(١)كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٥٠ ،حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤/ ٤٨٧ .

المطلب الثاني

مشروعية الإقالة

دل على مشروعية الإقالة :السنة ،والإجماع ،والعقل .

أما السنة :فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من أقال مسلماً أقال الله عثرته).[١]

ففي هذا الحديث ندب إلى الإقالة لمن ندم على عقده ،ووعد لمن أقال بأن المولى سبحانه يقيل عثرته يوم القيامة ،وهذا يدل على فضل إقالة النادم ،وحسن جزاء الله سبحانه وتعالى له في الآخرة ،ولفظ الحديث عام فيشمل جميع أنواع العقود اللازمة من حيث الأصل .

وأما الإجماع فقد قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله نقلاً عن ابن المنذر رحمه الله: [أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة]اهـ [٢]

وهذا الإجماع وإن كان وارداً في عقد السلم إلا أنه لا فرق بينه وبين سائر البيوعات ،حيث تشرع فيها الإقالة كما يظهر جلياً في النقول التالية :

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله :[الإقالة جائزة ..] [٣]اهـ

وقال الإمام مالك رحمه الله تعالى :[الأمر عندنا أنه لا بأس بالشرك ،[٤] والتولية ،[٥]والإقالة منه في الطعام ،وغيره قبض ذلك ،أولم يقبض ..][٦]اهـ

---

(١)رواه أبو داود ،كتاب البيوع ،باب في فضل الإقالة ،سنن أبي داود٣/٢٧٤ ،وابن ماجة ،كتاب التجارات ،باب الإقالة ،سنن ابن ماجة٢/٧٤١ ،نصب الراية للزيلعي٤/٣٠ ،تلخيص الحبير لابن حجر٣/٢٧ ،وذكر تصحيح ابن حزم رحمه الله له ،وقال محقق جامع الأصول:إسناده صحيح ،جامع الأصول لابن الأثير١/٤٤٠.

(٢)المغني لابن قدامة ٦/٤١٧ ،ينظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٤٨.

(٣)الاختيار للموصلي ٢/١١.

(٤)أي : الشركة وهي: بيع بعض المبيع بقسطه من الثمن المعلوم لهما . كشاف القناع للبهوتي٣/٢٢٩.

(٥)وهي البيع برأس المال فقط ،فيقول البائع :وليتك المبيع ،أو بعتك المبيع برأس ماله ،أو بما اشتريته به .كشاف القناع للبهوتي٣/٢٢٩.

(٦)الموطأ للإمام مالك ٢/٦٧٦.

وقال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله:[والإقالة بعد البيع جائزة، بل إذا ندم أحدهما يستحب للآخر إقالته ..] [١] اهـ

وقال الشيخ أبو النجا الحجاوي الحنبلي رحمه الله:[والإقالة للنادم مشروعة ..] [٢] اهـ

وأما العقل فمن وجهين:

الوجه الأول: أن العقد من حق العاقدين فيملكان رفعه كما ملكا التعاقد عليه. [٣]

الوجه الثاني: وجود الحاجة، حيث قالوا: إن بالناس حاجة إلى الإقالة، كحاجتهم إلى البيع، فشرعت لهذه الحاجة. [٤]

فظهر أن الإقالة من الأمور التي شرعها الإسلام رفعا لما يحصل من ندم على إجراء التعاقد، واعتقاد حصول ضرر بهذا العقد، كما إذا تسرع فيه، و تبين له عدم حاجته إلى المعقود عليه، أو غيرها من الأسباب الطارئة التي تؤدي إلى ندم العاقدين، أو أحدهما، فإذا اتفق الطرفان على الإقالة فإنه يشرع العمل بها لثبوت هذه الأدلة النقلية، والعقلية.

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٤٩٥/٣.

(٢) الإقناع للحجاوي ١١٣/٢ .

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٤٨/٦ .

(٤) الاختيار للموصلي ١١/٢.

المطلب الثالث

شروط الإقالة

الإقالة كما سبق تعتبر فسخا للعقد الذي لزم للطرفين، أو لأحدهما[١]، وهي تحتاج إلى شروط حتى يحكم بصحتها، ومن ثم يحكم بترتب الآثار المعتبرة عليها، وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: الرضا من المتقايلين:

يشترط في الإقالة أن تكون صادرة برضا من العاقدين؛ لأن الإقالة رفع للعقد اللازم، فكما يشترط الرضا في إثبات العقد، كذلك يشترط في فسخه .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [وأما شرائط صحة الإقالة، فمنها رضا المتقايلين ... ؛لأنها فسخ العقد، والعقد لم ينعقد على الصحة؛ إلا بتراضيهما أيضا ...] [٢]اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي في الإقالة في السلم: [يجوز رفع عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما؛ فجاز لهما الرضا بإسقاطه] [٣]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [لا تجوز الإقالة؛ إلا برضاهما] [٤]اهـ

فاشتراط الرضا من المتقايلين صريح في كلام الإمام الكاساني، والإمام ابن قدامة رحمهما الله، أما الإمام الشيرازي رحمه الله فإنه يفهم منه أن الإقالة لا تحصل إلا برضا العاقدين أما إذا لم يكن هناك رضا، فالإقالة غير صحيحة، ولا معتبرة .

الشرط الثاني: اتحاد المجلس:

وذلك بأن يكون المتقايلان حاضرين في المجلس فلو كان أحدهما غائبا عن المجلس لم تصح؛ لأن الغائب حالته مجهولة هل يرضى بالإقالة، أم لا ؟

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [ومنها اتحاد المجلس ..] [٥]اهـ

---

(١) ينظر ص ٥٨٧.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣٠٨ .

(٣) المهذب للشيرازي ١/٣٠٩ .

(٤) المغني لابن قدامة ٦/٢٠١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣٠٨.

وقال الحافظ أبو الفرج ابن رجب[1] الحنبلي رحمه الله: [وفي كلام القاضي أيضا ما يقتضي أن الإقالة لا تصح في غيبة الآخر على الروايتين؛لأنها في حكم العقود؛لتوقفها على رضى المتبايعين ..] [2]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله: [ولا تصح الإقالة من أحد العاقدين مع غيبة الآخر: (ولو قال:أقلني،ثم غاب)،فأقاله في غيبته (لم تصح) مطلقا (لاعتبار رضاه)،وحال الغائب مجهول] [3]اهـ

وهناك قول عند الحنابلة رحمهم الله أنه لا يشترط اتحاد المجلس بمعنى لو قال:أقلني فدخل الدار،وقال على الفور:أقلتك صحت الإقالة .[4]

فهنا لم يتحد المجلس بين المتقايلين بل تغير،حيث انتقل أحدهما من مكانه،لكن يفهم من ذلك أن الفورية مشترطة في صحة الإقالة،وهي تقرب من اتحاد المجلس.

الشرط الثالث:أن تكون بمثل الثمن الأول:

يشترط في الإقالة أن تكون بمثل الثمن الأول،دون زيادة ولا نقص؛ ذلك أن الإقالة هي رد للأمر الذي كان عليه العاقدان قبل الإقالة .

قال الحافظ أبو الفرج بن رجب الحنبلي رحمه الله: [إذا تقايلا بزيادة على الثمن،أو نقص منه،أو بغير جنس المثمن،فإن قلنا هي فسخ لم تصح؛لأن الفسخ رفع للعقد] [5]اهـ

الشرط الرابع:بقاء المقال فيه وقت الإقالة:

تقتضي الإقالة أن يعود المقال فيه إلى من انتقل منه،أما إذا كان هالكا فإن الإقالة لا تصح .

---

(١)هو الإمام زين الدين أبو الفرج عبدالرحمن بن أحمد بن رجب البغدادي،الدمشقي،ولد ببغداد سنة٧٣٦هـ،ثم قدم إلى دمشق مع والده،اشتغل بالعلم فبرع فيه،فكان محدثا،فقيها،أصوليا،مؤرخا،يشهد لذلك مصنفاته الكثيرة،كانت مجالس تذكيره للقلوب صارعة،توفي رحمه الله بدمشق في رمضان سنة ٧٩٥هـ (الدرر الكامنة لابن حجر٢/٤٢٨،شذرات الذهب لابن العماد٦/٣٣٩).

(٢)القواعد لابن رجب ٤١٢،ينظر الإنصاف للمرداوي ٤/٤٧٦.

(٣)كشاف القناع للبهوتي٣/٢٥٠.

(٤)المصدر السابق .

(٥)القواعد لابن رجب ٤١١،ينظر المغني لابن قدامة٦/٢٠٠،والإنصاف للمرداوي٤/٤٧٦،كشاف القناع للبهوتي٣/٢٥٠.

قال الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله:[ومنها قيام المبيع وقت الإقالة، فإن كان هالكا وقت الإقالة لم تصح ...] [1]اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[لو تلفت السلعة، فقيل لاتصح على الروايتين ...] [2]اهـ

ومقصده على الروايتين أي على القول بأنها فسخ على رواية، وبأنها بيع على الرواية الأخرى.

وقد أورد رحمه الله قولا بصيغة التضعيف، فقال:[وقيل: إن قيل هي فسخ صحت وإلا لم تصح] [3]اهـ

الشرط الخامس: أن يكون العقد قابلا للإقالة:

فأما إذا لم يكن العقد قابلا للإقالة فإنها لا تصح، ولو تراضى الطرفان على الإقالة، وسيأتي تفصيل العقود القابلة للإقالة.[4]

هذه هي الشروط التي تشترط في صحة الإقالة، فإذا توفرت: فإن الإقالة تكون صحيحة، وبموجب هذه الإقالة ينفسخ العقد الذي كان لازما قبل حدوثها، ومن ثم تترتب عليها الآثار المعتبرة فيها شرعا .

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣٠٩/٥.

(٢) الإنصاف للمرداوي ٤٧٧/٤.

(٣) المصدر السابق .

(٤) ينظر ص ٥٩٨.

المطلب الرابع

العقود اللازمة التي تؤثر فيها الإقالة

سبق أن الإقالة فسخ للعقد من حينه[1]، غير أن الإقالة لا تؤثر على جميع العقود، بل هناك عقود لازمة لا تقبل الإقالة، كما أن العقود الجائزة بطبيعتها غير قابلة للإقالة، فلكلا المتعاقدين حق الفسخ، وإن لم يرض صاحبه، وتفصيل ذلك فيما يأتي:

أولا: الإقالة في العقود الجائزة:

العقود الجائزة التي لا تتحول إلى لازمة كالوديعة، والشركة، والوكالة، فالإقالة لا تؤثر عليها، وأما هذه العقود فتوصف بالجواز، وهو يقتضي أن للعاقد الفسخ متى ما شاء، وإن لم يرض صاحبه، فهي محتمله للفسخ بطبيعتها، دون حاجة للإقالة، وقد تقدم من أقوال أهل العلم رحمهم الله حول هذه العقود ما يدل على ذلك فلا حاجة إلى إعادته.[2]

ثانيا: الإقالة في العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم:

وأما العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم، فإن كانت في حالة الجواز فهي كما سبق لا تأثير للإقالة فيها، أما بعد لزومها فإن المتعاقدين إذا تراضيا على الإقالة فلهما ذلك، وهذه العقود هي: الرهن، والقرض، والعارية، والهبة، والجعالة، والمسابقة، والمضاربة.

ففي العقود الخمسة الأولى يكون اللزوم في جانب طرف واحد، فإذا أراد ترك العقد، كان له ذلك؛ لأن العقد جائز في حقه، وهو ليس بحاجة إلى إقالة، وأما من كان العقد في جانبه لازما فإن رضي صاحب الحق بإسقاط حقه وهو - لزوم العقد - ؛فله ذلك لأن الحق له، وقد رضي بإسقاطه.

ففي الرهن العقد لازم في جانب الراهن، جائز في حق المرتهن بعد القبض فلو سلم المرتهن الرهن للراهن، ورضي ببيعه، أو التصرف فيه، فإن اللزوم في حق الراهن يسقط؛ لأن المرتهن رضي بإسقاط حقه فيه، فلم يعد لازما، ويكون إسقاطه بمثابة الإقالة له.

يقول الإمام أبو الحسن المرغيناني رحمه الله في بيع الرهن بغير إذن المرتهن: [فإن أجاز المرتهن جاز؛ لأن التوقف لحقه، وقد رضي لسقوطه].[3]

---

(١) ينظر ص ٥٨٧.

(٢) ينظر ص ٣٨٩.

(٣) الهداية للمرغيناني ٤/١٤٥ .

وفي القرض العقد لازم في جانب المقرض، جائز في حق المقترض بعد القبض، فلو أن المقترض سلم القرض للمقرض، ولو كان قبل انتهاء المدة المتفق عليها؛ فإنه لا يجبر؛ لأن الحق له في الانتفاع من القرض، وقد أسقط حقه، ورضي بأن يقيل المقرض من لزوم القرض .

قال الإمام أبو عمر ابن عبد البر المالكي رحمه الله: [ولو رده إليه المقترض قبل الأجل لزمه قبوله ..] [(١)] اهـ

وفي العارية العقد لازم في جانب المعير، جائز في جانب المستعير بعد التسليم، فإن المستعير إذا أراد إرجاع العارية إلى المعير قبل أن ينتفع بها، أو قبل انتهاء مدتها إن كانت محددة بمدة، فكأنه أقال المعير من لزوم هذه العارية، وأسقط حقه في الانتفاع الذي لزم المعير الوفاء به من أجل المستعير. [(٢)]

وفي الهبة العقد لازم بعد القبض في جانب الواهب، جائز في جانب الموهوب له، فالواهب لا يملك الرجوع بعد اللزوم، أما الموهوب فإنه لو أقال الواهب من لزوم العقد، فإن ذلك من حقه؛ لأن الحق في ملكية الهبة له، وقد أسقطه، وإذا كانت الإقالة جائزة في البيع، وهو يقصد منه العوض، فلأن تجوز في الهبة من باب أولى؛ لأن المراد منها الإرفاق .

وفي الجعالة تكون لازمة بعد العمل في حق الجاعل، جائزة في حق المجعول له، فإذا تنازل المجعول له عن الجعل الذي وجب له بإحضار ذلك الشيء، فالتنازل صحيح، وهو بمثابة إقالته للجاعل، وقد رضي بإسقاط حقه الذي وجب له بذلك.

وفي المسابقة إذا كانت بعوض، وظهر الفضل لأحدهما، فالفاضل يكون العقد في حقه جائزا، فإذا أسقط حقه في الحصول على العوض فله ذلك .

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله: [وإن كانا غير متكافئين نظرت، فإن كان الذي له الفضل هو الذي يطلب الفسخ، أو الزيادة جاز؛ لأنه عقد جائز لا ضرر على صاحبه في الفسخ، والزيادة ..] [(٣)] اهـ

وأما في المضاربة؛ فهي بعد الشروع تكون من العقود التي تلزم الطرفين، فلا يحق لأحدهما الفسخ إلا برضا الطرف الآخر، وإذا تم ذلك فهذا هو مضمون الإقالة .

---

(١) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٧٢٧.

(٢) ينظر ص ٣٦٣.

(٣) المهذب للشيرازي ١/ ٤٢٠.

وفي عقد الوصية لا يكون اللزوم إلا بعد موت الموصي، وفي هذه الحالة يلزم الورثة بتنفيذ هذه الوصية على وفق مراد الموصي، إذا كانت خالية من الجنف، فالإقالة لا تدخل في الوصية بعد لزومها، وذلك بعد موت الموصي .

ثالثا: الإقالة في العقود اللازمة في حق طرف واحد:

العقود التي تلزم طرفا واحدا، منها ما لا يقبل الإقالة، وهو عقد الوقف، والتدبير.

فأما الوقف: فهو من العقود التي تكون ناجزة، فإذا صدر من المكلف فإنه لا يجوز له أن يرجع عنه، فقد بين الإمام أبو الحسن الماوردي رحمه الله أنه لم ينقل عن السلف رحمهم الله رجوع أحد منهم في وقفه، ولا عن أحد من ورثتهم، مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزا لفعلوه ولنقل إلينا.[١]

وقد صرح الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله بأن الإقالة لا تدخل الوقف فقال: [والوقف عقد لازم لا يجوز فسخه بإقالة، ولا غيرها][٢] اهـ

أما التدبير فإن السيد ليس له أن يرجع في تدبيره لعبده بالقول، على الراجح،[٣] وعند من قال: بجواز الرجوع، فإنه جعله وصية فلا تلزم إلا بعد وفاة السيد، فإذا مات فإن الوصية لازمة حينئذ، ولا إقالة في الوصية بعد لزومها كما سبق.

أما الرجوع بالفعل فليس للسيد ذلك، إلا في موضع الحاجة، وهو إذا كان على السيد دين لا يستطيع سداده، إلا ببيع ذلك المدبر، فيجوز لوجود الحاجة، ولا يتعدى.[٤]

بقي من العقود التي تلزم أحد الطرفين: عقد الضمان، والكفالة، والأمان، والذمة، فهذه العقود تقبل الإقالة، وتكون من حق الذي يكون العقد في حقه جائزا، دون الطرف الآخر الذي يوصف العقد في حقه باللزوم.

ففي الضمان يحق للمضمون له أن يبرأ ذمة المضمون عنه، أو الضامن، وإذا فعل ذلك فقد أسقط حقه، وأقال الضامن من هذا العقد، والمكلف لا يرد من إسقاط حقه

(١) الحاوي الكبير للماوردي ٥١٣/٧.
(٢) المقنع لابن قدامة ٣٢٩/٢.
(٣) ينظر ص ٢٩٤.
(٤) ينظر ص ٢٩٧.

الواجب له.[1]

وهكذا يقال في الكفالة، فإن الكفيل ليس له أن يرجع في كفالته، لكن لو قام المكفول له بإسقاط حقه، فإنه يعتبر مسقطاً لحقه، ورضي بإقالة الكفيل من هذه الكفالة.[2]

وأما في عقد الأمان فإنه من العقود التي تلزم المسلم، دون الكافر، لكن لو طلب الكافر أن ينهي عقد الأمان لجاز ذلك للمسلم، ووجب أن يبلغه المكان الذي يأمن فيه، فيكون عقد الأمان من العقود التي تقبل الإقالة من جانب واحد، وهو الذي يكون العقد جائزاً في حقه .[3]

وهكذا عقد الذمة فإن الكفار إذا استقاموا بالعقد فإن المسلمين يلزمون بالوفاء بذلك العقد، فإذا أراد الكفار نقض العهد، وعدم دفع الجزية، حل للمسلمين قتالهم، فكأنهم أقالوا المسلمين من لزوم ذلك العقد في حقهم .[4]

رابعاً: الإقالة في العقود اللازمة في حق الطرفين:

إذا كان العقد الذي يلزم الطرفين جميعاً من عقود المعاوضات المالية، كعقد البيع، والشفعة، والإجارة، والمساقاة، والمزارعة، والصلح، والقسمة، فإن أمثال هذه العقود تقبل الإقالة .

أما البيع وما في حكمه فلورود النص بمشروعية الإقالة فيه، فإذا انعقد البيع، ولزم، فإنه لا يقبل الفسخ إلا عن طريق الإقالة، أو لوجود عذر شرعي يوجب الفسخ، فإذا وردت الإقالة على البيع أزالت أثره وهو اللزوم في حق الطرفين،[5] وهكذا الشفعة فإنها بيع في الحقيقة .[6]

---

(١) المغني لابن قدامة ٨٧/٧.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ٢٩/٥.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٢٨١/١٠ .

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١١٢/٧ .

(٥) الاختيار للموصلي ١١/٢، مواهب الجليل للحطاب ٤٨٥/٤، روضة الطالبين للنووي ٤٩٥/٣، كشاف القناع للبهوتي ٢٤٩/٣ .

(٦) ينظر ص ١٨٤.

وأما في السلم، فإذا كانت الإقالة في جميع المسلم فيه، فالإقالة تصح وذلك بإجماع أهل العلم، فقد نقل الإمام الموفق رحمه الله عن ابن المنذر رحمه الله أن أهل العلم رحمهم الله أجمعوا على صحة الإقالة في السلم إذا كان في جميع المسلم فيه، فقال رحمه الله: [أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة] اهـ [1]

أما إذا كانت الإقالة في بعض المسلم فيه، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في صحة الإقالة على قولين:

القول الأول: أن الإقالة تصح في بعض السلم كما تصح في جميعه، وهو مذهب الحنفية، [2] والشافعية، [3] والحنابلة، [4] رحمهم الله .

قال الشيخ محمد علاء الحصكفي الحنفي رحمه الله: [إقالة بعض السلم جائزة] اهـ [5]

وقال الإمام سيف الدين الشاشي القفال [6] الشافعي رحمه الله: [وتصح الإقالة في بعض المسلم فيه ..] [7] اهـ

وقال الإمام شمس الدين ابن مفلح الحنبلي رحمه الله: [وفي بعضه روايتان] [8] اهـ قال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [إحداهما يجوز، ويصح، وهو المذهب] [9] اهـ

القول الثاني: أن الإقالة لا تصح في بعض السلم، وهو مذهب المالكية، [10] ورواية عند

---

(١) المغني لابن قدامة ٤١٧/٦، ينظر شرح فتح القدير لابن الهمام ٤٤٨/٦.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٢١٥/٥.

(٣) الأم للشافعي ٧٧/٣، حلية العلماء للقفال ٣٨٧/٤ .

(٤) الإنصاف للمرداوي ١١٣/٥، كشاف القناع للبهوتي ٣٠٨/٣.

(٥) الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي ٢١٩/٥.

(٦) هو الإمام أبو بكر محمد بن أحمد بن الحسين الشاشي التركي، ولد سنة ٤٢٩هـ، شيخ الشافعية في عصره، وكتابه حلية العلماء هو الكتاب الملقب بالمستظهري؛ لأنه صنفه للخليفة المستظهر بالله، كان يسمى بالجنيد لدينه، وورعه، مات رحمه الله سنة ٥٠٧ هـ (سير أعلام النبلاء للذهبي ٢٩٣/١٩، دول الإسلام للذهبي ٣٦/٢).

(٧) حلية العلماء للقفال ٣٨٧/٤ .

(٨) الفروع لابن مفلح ١٨٤/٤ .

(٩) الإنصاف للمرداوي ١١٣/٥.

(١٠) المدونة للإمام سحنون ١٦٠/٣، مواهب الجليل للحطاب ٤٨٤/٤ .

الحنابلة،[1] رحمهم الله.

جاء في المدونة ما نصه:[قلت:أرأيت لو أنني أسلمت دراهم في ثياب موصوفة إلى أجل،فلما حل الأجل أقلته من نصفها،على أن آخذ النصف الآخر،أيجوز هذا ؟ قال:لا يجوز هذا في قول مالك؛لأن هذا يصير فضة نقدا بفضة،وثياب إلى أجل،فلا يجوز ذلك،وقد فسرت لك ذلك في المسألة التي في التسليف في الطعام،وهو في الطعام،وفي جميع الأشياء،إذا أقاله من بعض، وأخذ بعضا لا يجوز ..][2]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله:[فأما الإقالة في بعض المسلم فيه،فاختلف عن أحمد فيها،فروي عنه:أنها لا تجوز][3]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(تصح الإقالة في بعض المسلم فيه)استدلوا بالنقل،والعقل .

أما من النقل: فحديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من أقال مسلما أقال الله عثرته).[4]

وجه الدلالة :أن نص الإقالة مطلق لا يفصل بين حال،وحال،وكذا جواز اعتراض الندم قائم في الحالين.[5]

وأما من العقل فقالوا :إن الإقالة مندوب إليها،وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض؛ كالإبراء،والإنظار.[6]

دليل القول الثاني:(لا تصح الإقالة في بعض المسلم فيه)استدلوا بالعقل فقالوا :

إن السلف في الغالب يزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل،فإذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن،وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه،فلم يجز كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد.[7]

---

(١)المغني لابن قدامة ٤١٧/٦ ،الفروع لابن مفلح ١٨٤/٤.

(٢)المدونة للإمام سحنون ١٦٠/٣.

(٣)المغني لابن قدامة٤١٧/٦.

(٤)تقدم تخريجه ص٥٩٣..

(٥)بدائع الصنائع للكاساني٢١٤/٥.

(٦)المصدر السابق .

(٧)المغني لابن قدامة ٤١٧/٦.

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بجواز، وصحة الإقالة في بعض المسلم فيه؛ وذلك لما يأتي:

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانيا: أن التعليل الذي ذكره أصحاب القول الثاني مبني على وجود منفعة السلف وزيادة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه، فيكون أشبه في نظرهم بالبيع والسلف، وقد أجاب الإمام الشافعي رحمه الله عن ذلك بقوله: [ومن سلف رجلا مائة دينار في مائة إردب طعاما إلى أجل، فحل الأجل، فسأله الذي عليه الطعام أن يدفع إليه خمسين إردبا، ويفسخ البيع في خمسين، فلا بأس بذلك إذا كان له أن يفسخ البيع في المائة كانت الخمسون أولى أن تجوز، وإذا كان له أن يقبض المائة كانت الخمسون أولى أن يقبضها، وهذا أبعد ما خلق الله من بيع وسلف، والبيع، والسلف الذي نهى عنه أن تنعقد العقدة على بيع، وسلف، وذلك أن أقول أبيعك هذا بكذا، على أن تسلفني كذا ...][1] اهـ

وبهذا يظهر صحة الإقالة في السلم سواء كانت في كل المسلم فيه، أو بعضه.

وأما في عقد الصرف فإن المتصارفين إذا تقايلا فإن الإقالة صحيحة؛ لأن الصرف نوع من البيع، وقد ورد النص في استحباب الإقالة لمن ندم في البيع، فيكون ذلك عاما يشمل الصرف، لكن هل يشترط التقابض في مجلس الإقالة قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول: أنه لا يشترط التقابض في مجلس العقد وهو مذهب الشافعية على القول بأنها فسخ.[2]

قال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله: [و لو تقايلا في الصرف وجب التقابض في المجلس، إن قلنا بيع، وإلا فلا] اهـ[3]

القول الثاني: أنه يشترط التقابض في مجلس العقد وهو مذهب الحنفية،[4] والمالكية،[5]

---

(١) الأم للشافعي ٣/٧٧.

(٢) المصدر السابق.

(٣) روضة الطالبين للنووي ٣/٤٩٥.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٥/٣٠٨.

(٥) المدونة للإمام سحنون ٣/١٥٦.

رحمهم الله ،وقول عند الشافعية رحمهم الله على القول بأنها بيع.[(١)]

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله في شروط الإقالة:[ومنها تقابض بدلي الصرف في إقالة الصرف ..] [(٢)]اهـ

جاء في المدونة ما نصه:[قلت أرأيت إن صارفت رجلا بدراهم دنانير،ثم لقيته بعد ذلك،فقال لي:أقلني من الصرف،فدفعت إليه دنانيره وافترقنا قبل أن أقبض دراهمي ؟ قال لا يجوز هذا عند مالك] [(٣)]اهـ

قال الإمام محيي الدين النووي رحمه الله:[و لو تقايلا في الصرف وجب التقابض في المجلس، إن قلنا بيع،وإلا فلا] اهـ [(٤)]

وهذا الخلاف مبني على اعتبار الإقالة هل هي فسخ،أو بيع،وقد تقدمت هذه المسألة [(٥)] ،فعلى القول بأنها بيع حكم بلزوم التقابض،بناء على ما تقدم من النصوص الشرعية الدالة على وجوب التقابض في عقد الصرف.[(٦)]

وأما على القول بأنها فسخ فالأمر فيه يسير؛لأنه لا يرى أنها بيع،والأصل أن اشتراط التقابض مبني على وجود بيع الصرف،وهذا ليس ببيع صرف،فيصح أن يكون قرضا مؤجلا كسائر الأموال.

وأما في الإجارة فقد سبق أن عقد الإجارة يعتبر من عقود تمليك المنافع بعوض،وهو لازم للطرفين[(٧)] ،فإذا تراضيا على الإقالة،فإن الإقالة تصح،فالحق لهما،وقد أسقطا حقهما،فلا يمنعان من ذلك .

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله:[وتقال،وتفسخ كما في البيع] [(٨)]اهـ

---

(١)روضة الطالبين للنووي ٤٩٥/٣.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٣٠٨/٥ .

(٣)المدونة للإمام سحنون ١٥٦/٣ ،وأما الحنابلة فيفهم من كلامهم أنه يشترط التقابض لأن التقابض يشترط في الصرف في رد المعيب ففي الإقالة أولى . كشاف القناع ٢٦٨/٣.

(٤)روضة الطالبين للنووي٤٩٥/٣.

(٥)ينظر ص ٥٨٧.

(٦)ينظر ص ١٧١ .

(٧)ينظر ص ٢٠٣.

(٨)الاختيار للموصلي ٥١/٢.

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وتصح الإقالة في الإجارة كما تصح في البيع][(١)] اهـ

وأما الصلح فإن الإقالة تدخله؛إلا أن يكون صلحا على القصاص،يقول الإمام علاء الدين الكاساني رحمه الله في ذكره ما يبطل الصلح:[منها :الإقالة فيما سوى القصاص؛لأن ما سوى القصاص لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال،فكان محتملا للفسخ؛كالبيع ونحوه][(٢)]اهـ

وأما في المساقاة،والمزارعة فإذا اتفقا على الإقالة،ورضيا بذلك فإن الإقالة صحيحة؛ذلك أنهما من العقود التي تلزم الطرفين بالقول،كما سبق بيانه،[(٣)]ولأنهما تقاسان على الإجارة بجامع أن العمل فيهما في أعيان تبقى بحالها .[(٤)]

وفي الحوالة إذا أحاله على مليء،فإن الحوالة تكون لازمة للمحيل،والمحال،لكن لو أرادا الرجوع عن ذلك،وتراضيا على التقايل كان ذلك لهما؛لأن الحق لهما،وقد رضيا بإسقاطه،كسائر العقود اللازمة .

وهكذا في المكاتبة إذ هي لازمة للطرفين،المكاتب،والسيد،ولذا فليس لأحدهما فسخها إلا برضا الطرف الآخر،فيرتفع لزوم هذا العقد للطرفين إذا اتفقا على الإقالة؛لأنها تحصل بينهما بعد الرضا منهما .

وفي الهدنة إذا رأى الطرفان فسخها،فإن لهما ذلك،ولذا فهي ترفع بالإقالة،فإذا تقايلا برضا من الطرفين،فإن الهدنة كأن لم تكن،وتعود حالة الحرب بين المسلمين،والكافرين كما كانت.

بقي من العقود التي تلزم الطرفين عقد النكاح،والخلع،والطلاق بعوض،وهذه العقود لا تقبل الإقالة وإن رضي الطرفان بذلك.أما النكاح فإن الذي يرفعه هو:الطلاق،أو الخلع،وليس للإقالة مدخل فيه،إلا على القول باعتبار الخلع فسخا،[(٥)]فإنه يشبه الإقالة في البيوع حينئذ.

قال الشيخ زين الدين بن نجيم الحنفي رحمه الله:[وفي الجوهرة:لا تصح الإقالة في

---

(١)كشاف القناع للبهوتي٣/٢٤٩.

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٦/٥٤.

(٣)ينظر ص ٢٠٨ ، ٢١٣.

(٤)مغني المحتاج للشربيني٢/٤٤٦.

(٥)روضة الطالبين للنووي٧/٣٧٥،كشاف القناع للبهوتي٥/٢١٦.

النكاح، والطلاق، والعتاق] [١] اهـ

وهكذا الخلع، والطلاق بعوض، إذا وقع لا يرفع أثره بالإقالة، ولو تراضيا بذلك، فإن الخلع، والطلاق بعوض يرفعان أثر العقد، فلا تدخلهما الإقالة؛ إذ يلزم من ذلك أن الإقالة ترفع ما يرفع العقد، فإذا حدث الخلع، والطلاق بعوض، فإن أثرهما يقع، وهو الفرقة بين الزوجين، فلا يجتمعان إلا بعقد، ومهر جديدين، وقد سبق ذكر ما قاله الشيخ زين الدين بن نجيم رحمه الله.

ويدل لعدم دخول الإقالة في مثل هذه العقود أن الخيار لا يدخلها، بمعنى أنه لو عقد النكاح، فليس له الفسخ بالخيار [٢]، وهكذا في الخلع، والطلاق بعوض.

أما العتق بعوض فإنه لا تدخله الإقالة، فقد سبق بأن العتق يلزم السيد، ويصير العبد حرا، وأن قيمته تبقى دينا في ذمته [٣].

يستخلص من جميع ما سبق أن الإقالة لها تأثير في جميع العقود اللازمة للطرفين ماعدا النكاح، والخلع، والطلاق بعوض، والصلح على القصاص، والعتق بعوض.

كما أن لها تأثيرا في العقود التي تلزم طرفا واحدا ماعدا الوقف، والوصية، وهكذا التدبير عند من جعله وصية.

أما العقود الجائزة فإن الإقالة لا تدخلها؛ لأن طبيعتها أنها تقوم على قبول الفسخ دون الحاجة إلى إقالة أحد الطرفين للآخر.

---

(١) البحر الرائق لابن نجيم ٦/١١.

(٢) ينظر ص ٥٢٦..

(٣) ينظر ص ٢٥٢.

المطلب الخامس

أثر الإقالة في سلب لزوم العقد

إذا وردت الإقالة على العقد اللازم فإنها ترفع أثره، وتقوم على إنهاء العلاقة بين الطرفين، حيث يصبح كل واحد من العاقدين غير مرتبط بهذا العقد، وهذا يتطابق مع المعنى اللغوي للإقالة، وهو الرفع، والإزالة .

وحيث قلنا: بأن الإقالة في حقيقتها فسخ للعقد، وأن ذلك الفسخ يكون من حين الفسخ وليس من أصل العقد، (١) فإن ما حصل من نماء منفصل في المعقود عليه، يكون للمشتري، ومن في حكمه؛ لأن الضمان في ذلك الوقت عليه فيكون الخراج له لقوله عليه الصلاة والسلام: (الخراج بالضمان). (٢)

قال الشيخ أبو النجا الحجاوي رحمه الله: [فما حصل من كسب، أو نماء منفصل فهو للمشتري..] (٣)

وليس هذا محل اتفاق بل هناك من يبطل الإقالة إذا حدثت في المعقود عليه زيادة، (٤) كما أن من أهل العلم رحمهم الله الذين قالوا: بأنها تكون فسخا للعقد من أصله، جعلوا الزوائد للبائع. (٥)

قال الشيخ محمد الشربيني رحمه الله: [وهي فسخ في أظهر القولين، والفسخ من الآن، وقيل: من أصله، ويترتب على ذلك الزوائد الحادثة ..] (٦) اهـ

والذي يترجح أن النماء المنفصل، والكسب يكون للمشتري ومن في حكمه؛ للنص الوارد في ذلك، إذ الضمان عليه، فيكون الخراج، والنماء له، ولأن الإقالة تكون فسخا للعقد من حين الفسخ وليس من أصله كما سبق . (٧)

---

(١) ينظر ص ٥٨٧.

(٢) تقدم تخريجه ص ٤١٣.

(٣) الإقناع للحجاوي ١١٣/٢، ينظر كشاف القناع للبهوتي ٢٥٠/٣ .

(٤) ينظر مجمع الأنهر لداماد أفندى ٧٢/٢، الخرشي على خليل ٨٨/٥ .

(٥) القواعد لابن رجب ٤١٢ .

(٦) مغني المحتاج للشربيني ٨٩/٢.

(٧) ينظر ص ٥٩١.

وأما النماء المتصل فيكون للبائع؛إذ لا يتصور فصل هذا النماء عن المعقود عليه،ولهذا نجد أهل العلم رحمهم الله يذكرون النماء المنفصل،دون المتصل؛فالسلعة سوف ترد إلى البائع بحالها التي هي عليها بما فيها من نماء متصل .

وبهذا يتضح أن الإقالة سالبة للزوم العقد الذي يكون للطرفين،أو لأحدهما إلا ما استثني من ذلك.

المبحث الثاني

الجائحة

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الجائحة، ومشروعيتها.

المطلب الثاني: حكم وضع الجائحة.

المطلب الثالث: المقدار الذي توضع فيه الجائحة.

المطلب الرابع: العقود التي تتأثر بالجائحة.

المطلب الخامس: أثر الجائحة في سلب لزوم العقد.

المطلب الأول

تعريف الجائحة ومشروعيتها

في اللغة: مأخوذة من قولهم جاح الشيء، يجوحه، جوحا، وجياحة، إذا استأصله، وأهلكه، ومنه قولهم: جاحتهم السنة جوحا، إذا استأصلت أموالهم، فلم تدع لهم بقية، وفي الحديث: أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: (إن أبي يريد أن يجتاح مالي)[1] أي يستأصله ويأتي عليه أخذا، وإنفاقا.[2]

وفي الاصطلاح: مالا يستطاع دفعه وإن علم به.[3]

هذا التعريف يشمل صور الجائحة المتعددة من برد، ومطر، وريح، وجيش، ونحو ذلك، فمثل هذه الأشياء لا يمكن أن يدفعها الإنسان، ولو علم بها .

مشروعية وضع الجوائح :

لما كان المقصود من عقود المعاوضات الحصول على المعقود عليه على الحالة التي تم التعاقد عليها، فإن معنى ذلك أنه إذا حدث تلف، أو ضرر في المعقود عليه، أن يراعى حال العاقد المتضرر بذلك، وأن يخفف عليه من مصيبته التي وقعت عليه جراء هذه الجائحة: لذا فقد جاءت الأدلة بمشروعية وضع الجوائح من الكتاب، والسنة، والعقل .

أما الكتاب: فهناك آيات كثيرة تدل على مشروعية وضع الجوائح منها قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ ﴾ [النساء: ٢٩]، وقال تعالى فيما ذم به بني إسرائيل: ﴿ وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ وَأَكۡلِهِمۡ أَمۡوَٰلَ ٱلنَّاسِ بِٱلۡبَٰطِلِۚ ﴾ [النساء: ١٦١].

ووجه الدلالة: أن المولى سبحانه نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ أحد العوضين

---

(١) رواه ابن ماجة، كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، وفي الزوائد: إسناده صحيح، ورجاله ثقات على شرط البخاري، سنن ابن ماجة ٢/٧٦٩.

(٢) معجم مقاييس اللغة لابن فارس ١/٤٩٢، الصحاح للجوهري ١/٣٦٠، لسان العرب لابن منظور ٢/٤٣١.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٣٠، ينظر بقية التعاريف: الخرشي على خليل ٥/١٩٠، بلغة السالك للصاوي ٢/٨٨، الأم للشافعي ٣/٥٨، المغني لابن قدامة ٦/١٧٩، كشاف القناع ٣/٢٨٥.

مع تلف الآخر قبل التمكن من الاستلام هو من أكل المال بالباطل، فكان منهيا عنه، فلزم وضع الجائحة.[(١)]

وأما السنة: فما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق).[(٢)]

ووجه الدلالة: أن المصطفى صلى الله عليه وسلم نهى أن يأخذ المسلم المال مقابل المعقود عليه الذي أصابته جائحة؛ لأن ذلك أخذ للمال بغير حق .

وعن جابر بن عبد الله رضي لله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم : (أمر بوضع الجوائح).[(٣)]

ووجه الدلالة: أن عليه الصلاة السلام أمر بأن توضع الجوائح، والأمر يقتضي الوجوب فدل ذلك على وجوب وضع الجائحة .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله بعد ذكره حديث جابر رضي الله عنه هذا: [وهذا دلالة على ما ذكره الله في كتابه من تحريم أكل المال بالباطل، وأنه إذا تلف المبيع قبل التمكن من قبضه كان أخذ شئ من الثمن أخذ ماله بغير حق، بل بالباطل، وقد حرم الله أكل المال بالباطل؛ لأنه من الظلم المخالف للقسط الذي تقوم به السماء والأرض] [(٤)] اهـ

وأما العقل: فإن المعاوضة كالبيع، والإجارة، مبنية على العدل، والتساوي بين الطرفين، فلم يبذل أحد العاقدين ما بذله إلا لأجل أن يحصل له مقصوده، ومطلبه، فهما آخذ، ومعط، طالب، ومطلوب، فإذا تلف المقصود بالعقد وهو المعقود عليه قبل التمكن من قبضه لم يجب أداء المقابل له، وذلك كتلف العين المؤجرة قبل التمكن من قبضها، وتلف ما بيع بكيل، أو وزن قبل تمييزه، وإقباضه، ونحو ذلك .[(٥)]

وبهذا ظهر أن وضع الجوائح من الأمور المشروعة.

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٤/٣٠.

(٢) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، صحيح مسلم ٢٩/٥.

(٣) رواه مسلم، كتاب البيوع، باب وضع الجوائح، صحيح مسلم ٢٩/٥.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٦٨/٣٠.

(٥) المصدر السابق ٢٦٦/٣٠.

المطلب الثاني

حكم وضع الجائحة

وردت النصوص بوضع الجوائح في الثمار، و اختلف أهل العلم رحمهم الله في الجائحة التي تصيب الثمار التي بدا صلاحها، ولم يكتمل نضجها، واستواؤها، ولم يقبض المشتري الثمرة، وإنما تركها حتى تكتمل فإذا أصابتها الجائحة في هذا الوقت هل تكون في مال البائع، أو في مال المشتري ؟ قولان لأهل العلم رحمهم الله:

القول الأول:أن وضع الجائحة يكون واجبا على البائع، فيكون الضمان عليه، وهو مذهب المالكية،[1] الحنابلة،[2] والشافعي في القديم،[3] رحمهم الله.

قال القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله:[إذا ابتاع ثمرا فأجيحت بآفة من السماء ... ،وضع عنه من ثمنها بقدر المجتاح منها ...][4] اهـ

وقال الإمام أبو القاسم عمر الخرقي الحنبلي رحمه الله:[وإذا اشترى الثمرة، دون الأصل، فلحقتها جائحة من السماء رجع بها على البائع ...][5] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[فإن كان باعها بعد بدو الصلاح فقولان:الجديد الأظهر:أن الجوائح من ضمان المشتري، والقديم أنها من ضمان البائع][6] اهـ

القول الثاني:أن الجائحة لا توضع وعلى المشتري تحملها، وهو مذهب الحنفية،[7] والشافعي في الجديد، وهو أظهر القولين،[8] رحمهم الله .

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٣٠ الذخيرة للقرافي ٥/٢١٣ .

(٢)المغني لابن قدامة ٦/١٧٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٨٥ .

(٣)نهاية المحتاج للرملي ٤/١٥٤، مغني المحتاج للشربيني ٢/١٢٥.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠١٩ .

(٥)مختصر الخرقي ٥٣.

(٦)روضة الطالبين للنووي ٣/٥٦٤ .

(٧)شرح معاني الآثار للطحاوي٤/٣٦، بدائع الصنائع للكاساني٥/٢٤١ .

(٨)الأم ٣/٥٧ ، روضة الطالبين للنووي ٣/٥٦٤، مغني المحتاج للشربيني٢/١٢٥.

قال الإمام أبو جعفر أحمد الطحاوي الحنفي رحمه الله:[فما حدث فيها من جائحة أتت عليها كلها، أو بعضها، فهي ذاهبة من مال المشتري لا من مال البائع، وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد، رحمة الله عليهم أجمعين] (١) اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[فإن كان باعها بعد بدو الصلاح فقولان: الجديد الأظهر أن الجوائح من ضمان المشتري .] (٢) اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(أن الجائحة توضع)استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل فمن الكتاب، والسنة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء:٢٩]،وقوله سبحانه: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَـٰطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَآ إِلَى ٱلْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَٰلِ ٱلنَّاسِ بِٱلْإِثْمِ ﴾ [البقرة:١٨٨].

وجه الدلالة: أن الله تبارك وتعالى نهى عن أكل أموال الناس بالباطل، وأخذ البائع للثمن بعد حصول الجائحة هو أخذ للشيء، دون مقابل؛لأن مقصود العاقدين من العقد هو التقابض، فكل من العاقدين يطلب من الآخر تسليم ما عقد عليه، ولم يحصل تقابض، فكان أخذه لهذا الثمن أكلا للمال بالباطل، وهو ما نصت الآية على تحريمه.

وأما من السنة: فحديث عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(لو بعت من أخيك ثمرا فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق) . (٣)

وفي رواية(أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح) . (٤)

---

(١)شرح معاني الآثار للطحاوي٤/٣٦.

(٢)روضة الطالبين للنووي ٣/٥٦٤ .

(٣)تقدم تخريجه ص ٦١٢.

(٤)تقدم تخريجه ص ٦١٢.

وجه الدلالة :أن الحديث نص في وجوب وضع الجائحة ،وأنها تلزم البائع ،وأنه لا يحل له أن يأخذ في مقابل المال المجتاح شيئا.

وأما دليلهم من العقل: فمن أربعة وجوه ،وهي:

الوجه الأول:أن بيع الثمار على رؤوس النخل في معنى الإجارة؛لأنها تؤخذ أولا فأولا كالمنافع التي تستوفى أولا ،فأولا ،وقد ثبت أن المنافع إذا تلفت قبل مضي المدة كانت من ضمان المكري ،كذلك الثمار .

الوجه الثاني:أن التخلية بمجردها لا تكون قبضا في الثمار ،بدليل أن تلف الثمرة بعطش يكون من البائع .

الوجه الثالث:أن البائع ليس له المطالبة بنقلها إلى الجذاذ ،فعلم أنها غير مقبوضة وإن وجدت التخلية .

الوجه الرابع:أنها ثمرة مباعة محتاجة إلى تبقيتها في النخل ،فإذا تلفت بآفة سماوية كانت من بائعها ،كالتلف بالعطش.[1]

دليل القول الثاني:(أن الجائحة لا توضع)استدلوا بالنقل ،والعقل.

أما دليلهم من النقل فحديثان:

الحديث الأول:عن عمرة بنت عبد الرحمن[2] قالت:سمعت عائشة رضي الله عنها تقول:سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم ،وإذا أحدهما يستوضع الآخر ،ويسترفقه في شيء ،وهو يقول:والله لا أفعل ،فخرج عليهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (أين المتألي على الله لا يفعل المعروف؟فقال:أنا يا رسول الله ،وله أي ذلك أحب).[3] وفي رواية قالت عمرة رحمها الله:ابتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ،فعالجه ،وأقام فيه ،حتى تبين له النقصان ،فسأل رب الحائط أن يضع عنه ،فحلف ألا يفعل ،فذهبت أم المشتري إلى الرسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له ،فقال

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠١٩/٢.

(٢)هي عمرة بنت عبد الرحمن بن سعد بن زرارة الأنصارية ،وهي عمة مقاتل بن حيان ،أكثرت عن عائشة رضي الله عنها ،من ثقات الطبقة الثالثة ،توفيت قبل المائة ،وقيل بعدها.(تهذيب الكمال للمزي٢٤٣/٣٥ ،ميزان الاعتدال للذهبي٤٧٢/٧ ،تقريب التهذيب لابن حجر٦٠٧/٢)

(٣)رواه البخاري ،كتاب الصلح ،في باب هل يشير الإمام بالصلح ،صحيح البخاري١٧٠/٣.

رسول الله صلى الله عليه وسلم : تألى أن لا يفعل خيرا ،فسمع بذلك رب المال،فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال:يا رسول الله هو له).[١]

وجه الدلالة:أن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:(تألى أن لا يفعل خيرا) يدل على عدم وجوب وضع الجائحة،ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول:ذلك لازم له حلف،أو لم يحلف؛ذلك أن كل من كان عليه حق يقال له:إن امتنعت من أدائه أخذ منك بكل حال .[٢]

أما الحديث الثاني:فحديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال:أصيب رجل من ثمار ابتاعها، فكثر دينه،فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :(تصدقوا عليه)،فتصدق عليه،فلم يبلغ ذلك وفاء دينه،فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:(خذوا ما وجدتم،وليس لكم إلا ذلك).[٣]

ووجه الدلالة:أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل دين الغرماء بذهاب الثمار وفيهم باعتها،[٤]ولو كان وضع الجائحة واجبا،لأسقط رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه شيئا من الديون التي للباعة .

أما دليلهم من العقل فقالوا:إن التخلية كافية في جواز التصرف،فكانت كافية في نقل الضمان،قياسا على العقار.[٥]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بوضع الجوائح؛وذلك لما يأتي:

أولا:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل،والعقل،وما قيل بأن الحديثين محمولان على الأراضي الخراجية،أو يحملان على ما لم يقبض،أو على ما لم يبدو صلاحه،فإنه تأويل مردود لمخالفته للظاهر.

---

(١)رواه الإمام مالك،كتاب البيوع،باب الجائحة في بيع الثمار والزرع،الموطأ٢/٦٢١ والإمام الشافعي في الأم ٥٧/٣،كلاهما مرسلا.

(٢)الأم للشافعي ٥٧/٣.

(٣)رواه مسلم ~~في صحيحه~~ في كتاب البيوع،باب استحباب الوضع من الدين،صحيح مسلم٣٠/٥ .

(٤)شرح معاني الآثار للطحاوي ٣٦/٤.

(٥)مغني المحتاج للشربيني ١٢٥/٢ .

قال الإمام أبو عمر ابن عبد البر رحمه الله بعد ذكره لهذه التأويلات:[وهذه التأويلات كلها خلاف الظاهر، والظاهر يوجب وضع الجوائح][1]اهـ

ثانيا: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث عمرة بنت عبد الرحمن فيجاب عنه من ثلاثة وجوه:

الأول: أن هذا الحديث مرسل، قال الإمام الشافعي رحمه الله:[وحديث مالك عن عمرة، مرسل، وأهل الحديث، ونحن لا نثبت مرسلا][2]اهـ

الثاني: أن فعل الواجب خير، فإذا تألى أن لا يفعل الواجب، فقد تألى ألا يفعل خيرا، وأما عدم إجبار الرسول صلى الله عليه وسلم له بفعل ذلك الواجب، فلأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجبره على الفعل بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع، ولا حضوره.[3]

الثالث: أن هذا الحديث ليس في الجائحة، فلم يرد ذكر الجائحة بأي وجه، وإنما فيه أن المشتري عالج الثمر، وأقام عليه حتى تبين له النقصان .

قال الإمام ابن القيم رحمه الله:[وأما المعارضة بخبر مالك؛ فمن أبطل المعارضات وأفسدها، فأين فيه أنه أصابته جائحة بوجه ما ؟ وإنما فيه أنه عالجه، وأقام عليه حتى تبين له النقصان، ومثل هذا لا يكون سببا لوضع الثمن][4]اهـ

ثالثا: أما استدلالهم بحديث أبي سعيد رضي الله عنه فيجاب عنه من ثلاثة وجوه:

الأول: أن هذا الحديث مجمل، فالذي ورد فيه أن رجلا اشترى ثمارا، فكثرت ديونه وهذا يحتمل أنه كان بسبب قلة السعر، ورخصه، أو أن التلف كان بعد كمال الصلاح، أو أن هذا كان قبل نهيه صلى الله عليه وسلم أن تباع الثمار قبل بدو صلاحها .

الثاني: لو فرض أن ذلك كان بسبب الجائحة، فهو منسوخ؛ لأنه باق على حكم الأصل، وحديث جابر رضي الله عنه بوضع الجوائح ناقل عنه.[5]

الثالث: أن في الأخذ بحديث أبي سعيد رضي الله عنه مقابل حديث جابر رضي الله عنهما فيه رد للمحكم بالمتشابه، فليس في حديث أبي سعيد رضي الله عنه أنه أصيب فيها

---

(١)التمهيد لابن عبد البر ١٩٧/٢.

(٢)الأم للشافعي ٥٧/٣.

(٣)المغني لابن قدامة ١٧٨/٦ .

(٤)أعلام الموقعين لابن القيم ٣٥٨/٢.

(٥)مجموع الفتاوى لابن تيميه ٢٧٣/٣٠، بداية المجتهد لابن رشد٥٥/٥ .

بجائحة، بل لعله أصيب بانحطاط سعرها، أو غير ذلك، ثم ليس فيه أنه طلب الفسخ، أو أنه طلب أن توضع عنه الجائحة، بل لعله رضي بالمبيع، ولم يطلب الوضع، والحق في ذلك له إن شاء طلبه، وإن شاء تركه، فأين في الحديث أنه طلب ذلك، وأن النبي صلى الله عليه وسلم منع منه ؟ ولا يتم الدليل إلا بثبوت المقدمتين، فكيف يعارض نص قوله الصحيح، الصريح، المحكم الذي لا يحتمل غير معنى واحد، وهو نص فيه، بهذا الحديث المتشابه ؟ [١]

رابعا: أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه: أنه لا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض والضمان، بدليل أن المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالا فحالا، فإذا تلفت قبل قبضها بالجائحة كانت من ضمان البائع. [٢]

وبهذا يظهر رجحان القول بوجوب وضع الجائحة في الثمار التي تلفت قبل اكتمال نضجها، وقبل تسلمها.

---

(١) أعلام الموقعين لابن القيم ٢/٣٥٨.

(٢) المغني لابن قدامة ٦/١٧٨.

المطلب الثالث

المقدار الذي توضع فيه الجائحة

قد تقرر في المطلب السابق رجحان القول القاضي بوضع الجائحة، وأن الضمان يكون على البائع، وفي هذا المطلب أشير إلى مسألة المقدار الذي يجب أن توضع في حدوده الجائحة، بمعنى هل هناك تحديد للجائحة إذا بلغته وجب وضعها، وإن لم تبلغه لم يجب أن توضع ؟

والجواب أن أهل العلم رحمهم الله اتفقوا على أن الجائحة إذا كانت بسبب العطش فإن الضمان يكون على البائع، سواء قلت الجائحة، أو كثرت. [١]

أما إذا لم تكن بسبب العطش فقد اختلفوا رحمهم الله في تحديد مقدار الجائحة التي يجب أن توضع على ثلاثة أقوال:

القول الأول:يجب وضع الجائحة في القليل، والكثير، إلا ما جرت العادة بتلفه من اليسير؛فإنه لا يلتفت إليه، وهو مذهب الحنابلة، [٢]وقول الشافعي في الجديد، [٣]رحمهم الله.

قال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[أن ظاهر المذهب:أنه لا فرق بين قليل الجائحة، و كثيرها إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله، كالشي اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه ..] [٤]اهـ

وقال الإمام الشافعي رحمه الله:[...وثبتت السنة بوضع الجائحة، وضعت كل قليل، وكثير أصيب من السماء، بغير جناية أحد عليه، فأما أن يوضع الثلث فصاعدا، ولا يوضع ما دون الثلث، فهذا لا خبر، ولا قياس، ولامعقول ..] [٥]اهـ

القول الثاني:التفريق بين البقول، وغيرها، فإن كان في البقول فتوضع الجائحة في القليل، والكثير، وإن كان في غيرها فلا يوضع؛إلا ما كان في الثلث فما فوق، وهو المشهور

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٣٠/٢، الأم للشافعي ٥٩/٣، المغني لابن قدامة ١٧٩/٦ .

(٢)المغني لابن قدامة ١٧٩/٦، الإنصاف للمرداوي ٧٤/٥، كشاف القناع للبهوتي ٢٨٥/٣ .

(٣)الأم للشافعي٥٧/٣.

(٤)المغني لابن قدامة ١٧٩/٦.

(٥)الأم للشافعي٥٧/٣.

عند المالكية رحمهم الله.[١]

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله:[فالقدر المعتبر فيها الثلث فما فوقه، فلا يوضع ما دونه إلا في البقول على رواية ابن القاسم في الكتاب أن فيها الجائحة، وأن جائحتها يوضع قليلها، وكثيرها][٢]اهـ

القول الثالث:أن الجائحة لا توضع إلا إذا بلغت الثلث فما فوق، أما إذا كانت أقل من الثلث فلا توضع، وهو قول المالكية المشهور في غير البقول،[٣]ورواية عن الحنابلة،[٤]رحمهم الله .

قال الإمام شهاب الدين القرافي المالكي رحمه الله:[ومن غير العطش يسقط منها الثلث فما فوق، دون ما دونه][٥]اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وعنه:إن أتلفت الثلث فصاعدا، ضمنه البائع، وإلا فلا ...][٦]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(الجائحة توضع في القليل، والكثير)استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل:فما تقدم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.[٧]

ووجه الدلالة:أن هذه الأحاديث أمرت بوضع الجائحة، وهي عامة تشمل الثلث فما دونه كما شملت ما فوق الثلث، فيجب وضع الكل .[٨]

أما دليهم من العقل فقالوا:إن ما كان أقل من الثلث هو ثمرة لم يتم قبضها، فكان ما تلف منها من مال البائع، كما لو تلف أكثر من الثلث لاجتماعهما في عدم تمام القبض.[٩]

---

(١)المدونة للإمام سحنون٤/١٨، بداية المجتهد لابن رشد ٥/٥٧، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٣٠.
(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٥٣٠ .
(٣)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١٠٢٠، بداية المجتهد لابن رشد ٥/٥٧ .
(٤)المغني لابن قدامة ٦/١٧٩، الإنصاف للمرداوي ٥/٧٤.
(٥)الذخيرة للقرافي ٥/٢١٣.
(٦)الإنصاف للمرداوي ٥/٧٤ .
(٧) ينظر ص ٦١٢.
(٨)المغني لابن قدامة ٦/١٨٠.
(٩)المصدر السابق ٦/١٨٠.

دليل القول الثاني:(التفريق بين البقول وغيرها)

استدلوا بحديثي جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. (١)

ووجه الدلالة :أن هذه الأحاديث أمرت بوضع الجائحة ،وهي عامة تشمل الثلث فما دونه، كما شملت ما فوق الثلث ،فيجب وضع الكل في الجائحة ،غير أن الثمار جرت العادة فيها بذهاب يسير الثمرة ،فلا يوضع ،وانتفى ذلك في البقول،فتبقى البقول على عموم الخبر. (٢)

دليل القول الثالث:(الجائحة توضع في الثلث فما فوق) استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل:فما تقدم من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

وجه الدلالة :أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجائحة ،و الجائحة اسم لما أتلف جل الشيء ،أو ماله خطر ،وبال ،دون اليسير الذي لا يطلق على المال التالف منه ،أنه جائحة فيه ،فصح ما قلناه بسقوط اليسير، (٣) والفرق بين اليسير،والكثير هو الثلث؛لأن الشرع اعتبره فاصلا كما في الوصية. (٤)

أما دليلهم من العقل فقالوا :إن المشتري دخل على أنه لابد من تلف يسير بأكل المجتاز ،والطير، وغير ذلك ،مما يعلم بالضرورة أن المشتري لم يدخل على السلامة منها ،فإذا تجاوز التلف الثلث فيكون كثيرا ،فالمشتري قد تضرر بذلك التلف الذي لم يكن في حسبانه؛فوجب وضعه ،بخلاف ما كان أقل من الثلث. (٥)

الترجيح:

الذي يترجح في نظري ،والعلم عند الله ،هو القول بوضع الجائحة ،سواء كانت قليلة ،أو كثيرة؛ إلا ما جرت العادة بتلفه؛وذلك لما يأتي:

أولا :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

---

(١)ينظر ص٦١٢.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٠٢١/٢.

(٣)المصدر السابق .

(٤)المصدر السابق .

(٥)المصدر السابق .

ثانيا :أما استدلال أصحاب القول الثاني، فيجاب عنه بأن النص الوارد في وضع الجائحة عام يشمل البقول، وغيرها، ولا وجه للتفريق؛إذا البقول كغيرها من الثمار في حصول التلف اليسير المعتاد فيها .

ثالثا :أما ما استدل به أصحاب القول الثالث بالنقل، فيجاب عنه بأن تلف الربع، والخمس ليس يسيرا، و يسمى جائحة، فيشرع وضعه؛ لعموم النص، وكون النص ورد بتحديد الثلث في الوصية كما قالوا، يرد عليه بأنه لم يحددها في الجائحة، فبقيت على عمومها، ثم إن الوصية لا معاوضة فيها، فإسقاط الثلث فيها مناسب، بخلاف البيع الذي فيه معاوضة فيستوي فيه الثلث، وغيره في الحكم بإسقاطه بالجائحة .

رابعا :أما استدلالهم بالعقل فيجاب عنه :بأن التلف اليسير، أو ما أكله الطير، ونحوه، لا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر، ثم هذا لا يمكن التحرز منه، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط .[1]

وبهذا يظهر رجحان القول بوضع الجائحة في الثمار، والبقول في القليل، والكثير، وما كان معتادا تلفه فإنه يرجع إلى العرف الحاصل عند الناس، فما يعد عندهم جائحة يحكم بوضعه، وما لم يعدوه في عرفهم جائحة فإنه لا يحكم بوضعه .

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/ ١٨٠ .

المطلب الرابع

العقود التي تتأثر بالجائحة

تقرر في المطلبين السابقين أن الجائحة إذا حصلت فإنها توضع، ويكون الضمان على البائع، وأن ذلك غير محدد بالثلث، بل يرد على كل ما يسمى في العادة جائحة، وإن قل عن الثلث، وفي هذا المطلب يحسن بيان العقود التي تتأثر بالجائحة.

فالنص الوارد في الجائحة ورد في الثمار إذا بيعت كما في حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لو بعت من أخيك ثمرا، فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق).(١)

فالقائلون بوضع الجوائح لا خلاف بينهم في أن جائحة الثمار في المبيعات توضع، وأن ضمانها يكون على البائع .

أما إذا كان المبيع من غير الثمار من الزروع، والبقول(٢)، فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في وضع الجائحة، وتفصيل ذلك فيما يلي:

أولا: إذا كان المبيع زرعا:

إذا كان المبيع زرعا كالقمح، والشعير، وحصلت فيه جائحة قبل أن يحصد فإن أهل العلم رحمهم الله اختلفوا في وضع الجائحة فيه على قولين:

القول الأول: أن جائحة الزرع توضع، وهو الوجه الأقوى الحنابلة،(٣) رحمهم الله .

قال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله: [إذا تلفت الباقلا، أو الحنطة في سنبلها فلنا وجهان: الأقوى يرجع بذلك على البائع](٤) اهـ

---

(١) تقدم تخريجه ص ٦١٢.

(٢) البقل هو كل نبات اخضرت به الأرض، المصباح المنير للفيومي ٢٣.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيميه ٣٠/ ٢٨٠، الإنصاف للمرداوي ٥/ ٧٦.

(٤) الإنصاف للمرداوي ٥/ ٧٦.

القول الثاني:أن جائحة الزرع لا توضع،وهو مذهب المالكية،[١]ووجه عند الحنابلة،[٢] رحمهم الله.

قال الإمام مالك رحمه الله:[وما بيع من الحب من القمح،والشعير،والفول،والعدس ..،وما أشبهه،فليس فيه جائحة؛لأنه إنما يباع بعدما ييبس،فلا جائحة فيه ..][٣]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[وعلم مما تقدم:أن الحب إذا اشتراه،وتلف أنه من ضمان المشتري،وليس كالثمرة][٤]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(توضع الجائحة في الزرع)استدلوا بالنقل وهو:حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع العنب حتى يسود،وعن بيع الحب حتى يشتد).[٥]

ووجه الدلالة:أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع العنب حتى يسود وعن بيع الحب حتى يشتد،فيكون اسوداد العنب،كاشتداد الحب،وهو من حين يشتد إلى حين يحصد يحتاج إلى مدة قد تصيبه فيها جائحة فيكون كالعنب حينما يباع بعد أن يسود حتى يقطف .[٦]

دليل القول الثاني:(لا توضع الجائحة في الزرع)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن الحب لا يباع إلا بعد اشتداده،فلا توضع الجائحة فيه كالثمر إذا وضع في البيدر.[٧]

---

(١)المدونة للإمام سحنون ١٩/٤،الخرشي على خليل ١٩٤/٥.

(٢)الإنصاف للمرداوي ٧٦/٥،كشاف القناع للبهوتي٢٨٦/٣.

(٣)المدونة للإمام سحنون ١٩/٤.

(٤)كشاف القناع للبهوتي ٢٨٦/٣.

(٥)رواه أبو داود،كتاب البيوع،باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها،سنن أبي داود٢٥٣/٣،والترمذي ،كتاب البيوع،باب ما جاء في كراهية بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها،وقال: (هذا حديث حسن غريب)اهـ،سنن الترمذي٥٣٠/٣،وابن ماجة،كتاب التجارات،باب النهي عن بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها،سنن ابن ماجة٧٤٧/٢،تلخيص الحبير لابن حجر٢٠/٣، ونقل تصحيح الحاكم له.

(٦)مجموع الفتاوى لابن تيميه ٢٨١/٣٠.

(٧)المدونة للإمام سحنون١٩/٤ . و البيدر: هو الموضع التي تداس فيه البذور، المصباح المنير للفيومي١٥.

الوجه الثاني:أن الحب بعد اشتداده لا يحتاج إلى بقائه في أصله،فقد كمل وصلح،فالتسليم من البائع قد كمل بتخلي البائع عنه إلى المبتاع،فبقاؤه في أصله ليس فيه منفعة يستنظر استيفاؤها،فصار ذلك بمنزلة الصبرة الموضوعة على الأرض .[1]

الترجيح:

والذي يترجح في نظري،والعلم عند الله،هو القول بوضع الجائحة في الزرع؛وذلك لما يأتي:

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا:أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل بالوجه الأول:فلا يسلم لهم قياس الحب في سنبلة على ما وضع في البيدر؛ذلك أن ما كان في سنبله فإنه يحتاج إلى مدة قد تطول لأجل أن يحصد،فربما حصلت جائحة،وهو غير مفرط في القبض بخلاف ما يكون في البيدر.

ثالثا:أما استدلالهم من العقل بالوجه الثاني:فيجاب بأنه لا يسلم بأن العلة في وضع الجائحة هي الحاجة إلى الأصل فقط بل يضاف إلى ذلك عدم التمكن من القبض،وقد تبين بأن الحب في سنبله قد يتعذر استيفاء قبضه؛لكثرته مثلا،ويحتاج إلى مدة يتوقع فيها حدوث الجائحة .

رابعا:يؤيد هذا القول أن الجائحة إنما وضعت لأجل عدم استيفاء المعقود عليه فيكون أخذ المال مقابله أخذا للمال بغير حق،وهذا موجود في الزرع،كما هو في الثمر؛إذا اجتيح .

خامساً:الجائحة وضعت لأجل الرفق،والإعانة للمبتاع،فيكون الزرع فيه،كالثمر .

فظهر رجحان القول بوضع الجائحة في الزروع،وأنها كالثمار .

ثانيا:إذا كان المبيع بقولا:

إذا كان المبيع بقولا كالكراث،والجزر،والبصل،ونحوها،وحصلت فيها جائحة قبل أن تجنى،فقد اختلف أهل العلم رحمهم الله في وضعها على قولين:

القول الأول:أن الجائحة توضع في البقول،وهو مذهب المالكية في المشهور،[2] ومذهب الحنابلة،[3] رحمهم الله.

---

(١)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٥٣٤/٢،المنتقى للباجي ٢٣٣/٤.

(٢)المدونة للإمام سحنون ١٨/٤،الذخيرة للقرافي ٢١٥/٥

(٣)الإنصاف للمرداوي ٧٦/٥،كشاف القناع للبهوتي ٢٨٦/٣ .

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله:[وأما البقول:ففيها خلاف، والأشهر فيها الجائحة] [(١)]اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[تختص الجائحة بالثمر على الصحيح من المذهب، وعليه أكثر الأصحاب، وكذا ماله أصل يتكرر حمله، كقثاء وخيار، وباذنجان ونحوها ...] [(٢)]اهـ

القول الثاني:أن الجائحة لا توضع في البقول، وهو قول عند المالكية، [(٣)]والحنابلة، [(٤)] رحمهم الله.

وقد سبق من النقول ما يدل على هذين القولين عند المالكية، والحنابلة رحمهم الله.

الأدلة:

دليل القول الأول:(توضع الجوائح في البقول)استدلوا بالعقل فقالوا:إن البقول محتاجة أن تبقى في أصلها حتى يأخذها المشتري حسب حاجته؛لتكون رطبة نضرة، ولو أخذها جميعاً لكان فيه ضرر عليه؛لأن قطفها في وقت واحد يذهب الرطوبة، فبقاء البقل في أصله لمعنى معتاد مقصود، فثبت فيها الحكم بالجائحة، كالمبقاة لتمام الصلاح.[(٥)]

دليل القول الثاني:(لا توضع الجوائح في البقول)استدلوا بالعقل فقالوا:إن الجائحة في الثمر تكون على البائع إذا بقي عليه حق التوفية كأن لم تكتمل الثمرة في الصلاح، فإذا اكتملت فهي من ضمان المشتري إذا تم التسليم بالتخلية، وأما ما يرجو المبتاع من الرطوبة، والنضارة، فذلك حفظ لمبيع قد وجد، وليس على وجه الانتظار لمبيع لم يوجد، وهكذا يقال في البقول .[(٦)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بوضع الجائحة في البقول؛وذلك لما يأتي:

---

(١)بداية المجتهد لابن رشد ٥٦/٥.

(٢)الإنصاف للمرداوي ٧٦/٥.

(٣)بداية المجتهد لابن رشد ٥٦/٥، الذخيرة للقرافي ٢١٥/٥.

(٤)مجموع الفتاوى لابن تيميه ٢٨١/٣٠، الإنصاف للمرداوي ٧٦/٥.

(٥)المنتقى للباجي ٢٣٤/٤.

(٦)المصدر السابق .

أولا: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانيا: عموم أمره صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح، سواء كانت في الثمار، أو غيرها كالبقول.

ثالثا: وجود الشبه الكبير بين الثمر والبقول في الحاجة إلى الاستفادة منها وهي ناضجة رطبة، فيستدعي ذلك حاجتها إلى أصلها.

رابعا: أن الحكمة من وضع الجائحة كما هي موجودة في الثمر، فهي كذلك موجودة في البقول، فالحكمة من وضع الجائحة هي إعانة للمشتري في مصيبته، وعدم أخذ المال دون أن يكون له مقابل، وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى ذلك بقوله: (بم تأخذ مال أخيك بغير حق)،[1] وإذا كان الأمر كذلك؛ فإن الجائحة في البقول فيها هذا المعنى، فتكون موضوعة، كغيرها.

وبهذا يظهر رجحان هذا القول، وبه كذلك يثبت وضع الجوائح في الثمر، والزرع، والبقول، وقد تبين لنا من خلال ما تقدم حرص هذه الشريعة الإسلامية على بث روح التعاون، والتآلف بين أفراد المجتمع، والوقوف إلى جانب المتضرر.

بقى أن يشار إلى أن المبيعات من غير الثمار، والزروع، والبقول سبق الحديث عنها في آثار اللزوم في عقود المعاوضات، وأن الضمان فيها يكون على البائع إذا كان المعقود عليه لا يحتاج إلى توفية و إلا كان على المشتري.[2]

ووجه الفرق واضح حيث إن تلك المبيعات لا ينتظر حصولها كالثمار، والزروع، والبقول، بل هي حاضرة، موجودة، فإن كانت مما يشترط فيه القبض كان الضمان فيها بعد القبض، فإذا قبضها المشتري أخذ حقه كاملا، فلا يتحمل البائع المسؤولية، وأما إذا كانت مما لا يشترط في ضمانها القبض كان تأخر المشتري عن قبضها تفريطا منه، ولا يتحمل البائع فيه التبعة.

---

(١) تقدم تخريجه ص ٦١٢.

(٢) ينظر ص ٤١١.

المطلب الخامس

أثر الجائحة في سلب لزوم العقد

ثبت مما سبق أن الجائحة في مبيعات الثمار، ونحوها مما يحتاج إلى أصله، أو كان في حاجة إلى مدة زمنية يتم فيها أخذ الثمرة على دفعات، كما في الحب، ونحوه، وأن وضع تلك الجائحة أمر مشروع وأنه يكون على البائع، فهو يتحمل ما حدث في تلك الثمار من تلف غير معتاد .

إن مثل هذه الأضرار تفقد العقد لزومه ويصبح الطرف المتضرر قادراً على أن يفسخ العقد، ويطالب بما دفعه من ثمن في مقابل ما أصابته الجائحة بالضرر.

فإذا كان قد دفع الثمن إلى البائع، ثم حصلت الجائحة على الثمر كله كان من حقه أن يطالب بإرجاع الثمن كاملاً؛ لأن الأصل في الثمن أن يكون مقابل المثمن، وقد تلف المثمن كله فعلى البائع أن يرجع الثمن كله، ولو لم يقم بذلك فإن القاضي يلزمه به، لأن ذلك هو معنى وضع الجائحة إذ يقول عليه الصلاة السلام في الحديث المتقدم:(فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟).[1]

وإذا كانت الجائحة قد أضرت ببعض المثمن، فإن من حق المشتري أن يطالب بقدر ذلك المثمن، وحصته من الثمن المتفق عليه بين الطرفين، فإذا قدر ضرر الجائحة بنصف المثمن، كان من حقه أن يطالب بنصف الثمن المدفوع، وهكذا .

أما إذا كان المشتري لم يدفع الثمن للبائع ثم حصلت الجائحة فإن كانت الجائحة فيها جميعاً لم يدفع شيئاً للبائع، وتبرأ ذمته، فلا يطالب بسداد الثمن المؤجل، وإن كانت في بعض الثمر فإنه يلزم بأن يدفع قيمة ما سلم من الجائحة، وذلك على حسب حصته من الثمن، فإذا كان الذي سلم يبلغ ربع القيمة مثلاً، وجب على المشتري أن يدفع ربع الثمن المتفق عليه بين الطرفين .

وبهذا يظهر أن الجائحة تعتبر أقوى من الإقالة، فإن الإقالة كما سبق[2] تكون برضا الطرفين، أو من أحدهما على حسب حال اللزوم إذا كان للطرفين، أو لأحدهما، أما الجائحة

---

(١)ينظر ص ٦١٢.

(٢)ينظر ص٥٩٥.

فإن إسقاطها لا يحتاج إلى الرضا من البائع وإن كان المشتري مخيراً بأن يطالب بحقه، أو يسقطه، فالحق له في ذلك .

كما تظهر قوة الجائحة في أن الجائحة تزيل الأثر الحاصل من التعاقد، فيسقط العقد كاملاً ؛إذا كان التلف في جميع المعقود عليه، بينما في الإقالة يكون الفسخ من حين الفسخ، وليس من أصل العقد فقد يحصل من المعقود عليه نماء منفصل، وهو في يد المشتري، ثم تطرأ الإقالة، فيحكم بذلك النماء المنفصل له كما تقدم [1] .

إذاً فالجائحة تعتبر سالبة للزوم العقد، ويكون العقد بعد حدوثها عقداً جائزاً فيحق للطرفين الفسخ، لاسيما في حق الذي ترتب عليه الضرر بحصول هذه الجائحة، وإذا سلبت اللزوم عن العقد فهي كذلك تفقده الآثار المترتبة على ذلك اللزوم من التسليم، والضمان، ونحوه.

وفي وضع الشريعة الإسلامية للجائحة دليل على سموها، ورحمة الله بعباده، فالمشتري دفع ثمناً لقاء مثمن، فإذا حصل على المثمن حل ذلك الثمن للبائع، أما إذا لم يحصل على المثمن فليس من العدل أن يفوت عليه الثمن، والمثمن، لاسيما وأنه لم يحصل منه تفريط، ولذا بين المصطفى صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله: (بم تأخذ مال أخيك بغير حق).[2] أما لو أنه تمكن من الاستلام ففرط فإن المشتري حينئذ هو الذي يتحمل هذه الجائحة ؛لوجود التفريط منه، كما هو الحال في المبيعات التي يشترط في ضمانها القبض، فإن البائع إذا مكن المشتري من قبضها وفرط، فإنه يكون ضمانها على المشتري لا على البائع. [3]

---

(١)ينظر ص ٦٠٨.

(٢)تقدم تخريجه ص٦١٢.

(٣)ينظر ص٤١١ .

المبحث الثالث

العذر الطارئ

يشتمل هذا المبحث على خمسة مطالب:

المطلب الأول:تعريف العذر الطارئ .

المطلب الثاني:مشروعية وضع العذر الطارئ.

المطلب الثالث:حكم العذر الطارئ إذا ورد على العقد .

المطلب الرابع:العقود التي تتأثر بالعذر الطارئ.

المطلب الخامس:أثر العذر الطارئ في سلب لزوم العقد.

وبيانها فيما يلي:

المطلب الأول

تعريف العذر الطارئ

العذر في اللغة :مأخوذ من عذرت، أعذر، عُذْراً، ويجمع العذر على أعذار، وأما المصدر فهو الإعذار، والعذر:هو الحجة التي يعتذر بها، تقول العرب:أعذر فلان، أي كان منه ما يعذر به وبلغ أقصى الغاية في العذر، فاللوم مرفوع عنه، واعتذر إليّ:طلب مني قبول معذرته.(١)

وأما الطارئ في اللغة :فهو مأخوذ من طرأ، يطرأ، طَرْأ وطُروُأ، وهو بالهمز، وقد يترك الهمز فيقال:(طرا، يطرو، طُرُوًّا)، يقال:طرأ على القوم إذا أتاهم من مكان بعيد، أو خرج عليهم من مكان بعيد فجاءة، أو أتاهم من غير أن يعلموا، ويقال للغرباء:الطُّراء، وهم الذين يأتون من مكان بعيد.(٢)

وأما تعريف العذر الطارئ في الاصطلاح:فهو العجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر لم يستحق به.(٣)

فيظهر من هذا التعريف أن المعنى الاصطلاحي للعذر الطارئ أخص من المعنى اللغوي العام، فالعاقد حينما يبرم العقد، فإنه يكون لديه المقدرة على الالتزام بما يترتب عليه من آثاره، لكن قد يفاجأ بأمور لم تكن في حسبانه، لاسيما في العقود التي لا تكون فورية التنفيذ، فيلحقه بتنفيذه العقد حسب ما هو متفق عليه أضرار جسيمة، إما في ماله، أو نفسه، فبمثل هذه الأعذار يتأثر ميزان التعادل بين العاقدين فيكون أحدهما بفوات حقه بسبب العذر الطارئ الذي يحول بينه وبين الوصول إلى حقه.

---

(١)معجم مقاييس اللغة لابن فارس٤/٢٥٣، الصحاح للجوهري٢/٧٣٧، لسان العرب لابن منظور ٤/٥٤٥.

(٢)الصحاح للجوهري١/٦٠، لسان العرب لابن منظور١/١١٤، المصباح المنير للفيومي١٤٠.

(٣)ملتقى الأبحر للحلبي٢/٣٩٩، حاشية رد المحتار لابن عابدين٦/٨١.

المطلب الثاني

مشروعية وضع العذر الطارئ

دلت الأدلة الشرعية على تأثير العذر الطارئ في العقود اللازمة، وأن طريانه يوجب زوال اللزوم، ويظهر ذلك من خلال الأدلة الشرعية التالية:

أولاً: حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:(لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضره الله ومن شاق شق الله عليه). (١)

فنفى عليه الصلاة السلام الضرر وهو عام يشمل دفع الضرر قبل وقوعه، ورفعه بعد وقوعه، وهذا الحديث جعله العلماء رحمهم الله قاعدة فقهية وفرعوا عليها كثيراً من الأحكام، وهي أساس لمنع الفعل الضار، وإذا كان كذلك فإن الحكم بالعذر الطارئ، وعدم الإلزام بموجب العقد لحصول الضرر الفادح في تنفيذه ما هو إلا مثل من أمثال هذه القاعدة الفقهية. (٢)

ثانياً: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجائحة في الثمار؛ وعلل ذلك بكون البائع يأخذ المال بدون حق(٣)؛ لفوات الثمر المعقود عليه، وهذا المعنى موجود في غير الثمار، فيكون الحديث أصلاً في وضع الجائحة في العقود اللازمة إذا طرأت الأعذار الموجبة لفسخها.

ثالثاً: أننا إذا لم نقل بفسخ العقد بالعذر الطارئ فإنه تترتب عليه مخالفات، ومحاذير شرعية؛ لأن الضرر سيترتب على بقاء العقد لازما.

يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله مبيناً بعض المحاذير المترتبة على بقاء العقد لازماً، وعدم الحكم بفسخه مع وجود العذر: [ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه فاستأجر رجلاً ليقلعها، فسكن

---

(١)رواه مالك في الموطأ مرسلاً في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، الموطأ ٧٤٥/٢، ورواه ابن ماجة من طريقين أحدهما عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه، وقال: فيه انقطاع، والثاني: عن ابن عباس رضي الله عنهما وفيه متهم، سنن ابن ماجة كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره سنن ابن ماجة ٧٨٤/٢، و الدارقطني، كتاب البيوع، سنن الدارقطني ٧٧/٣، وسكت عنه الإمام الزيلعي رحمه الله في نصب الراية٣٨٤/٤، وحسنه الإمام رحمه الله النووي في متن الأربعين النووية رقم ٣٢، ص ٧٤، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله في إرواء الغليل ٤٠٨/٣ .

(٢)الأشباه والنظائر للسيوطي٥٩، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٥ .

(٣)ينظر ص ٦١٢.

الوجع يجبر على القلع، ومن وقعت في يده آكلة فاستأجر رجلاً ليقطعها، فسكن الوجع ثم برأت يده يجبر على القطع وهذا قبيح عقلاً، وشرعاً [(١)] اهـ

رابعاً: أن المشقة المعتادة لا تسقط التكليف، ولا توجب التخفيف، كمشقة الصلاة، والصيام، ونحوها من التكاليف فإن فيها مشقة مقدوراً عليها، لكن إذا تجاوزت المشقة الحدود الطبيعية المعتادة في كل تكليف بحسبه، فإنها تخفف التكليف، أو تسقطه، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة، ومشقته في الصيام، وكمشقة الأعمى، والأعرج في الجهاد، فهكذا يقال في المشقة المرهقة بالسبب الطارئ توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها. [(٢)]

خامساً: أن الله تعالى قد نفى في هذه الشريعة الحرج، والتكليف بما فيه العسر، فقد وردت آيات كثيرة تبين يسر الشريعة، وعدم التكليف بالشاق كما قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾ [البقرة:١٨٥]، وقال: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج:٧٨]، وغيرها من الآيات التي تدل على نفي المشقة وهذا يناسب مراعاة العذر الذي يطرأ حتى لا يقع المكلف في حرج، ومشقة نفيا في هذه الحنيفية السمحة. [(٣)]

وبهذا يظهر أن الأعذار الطارئة الموجبة للإضرار بمصلحة العاقد، تعتبر أحد سوالب اللزوم عن العقد، فللمتضرر بسبب طريان هذا العذر أن يفسخ العقد، لكن يكون ذلك عن طريق القضاء، إذ يرى القاضي ما هو الذي يزيل هذا الضرر من تأجيل العقد مثلاً، أو توزيع الضرر الحاصل بينهما، ونحو ذلك مما يحقق العدل بين المتعاقدين، دون إرهاق للملتزم. [(٤)]

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٧/٤.

(٢) الموافقات للشاطبي ١٢١/٢، القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي لعام ١٤٠٨هـ.

(٣) الموافقات للشاطبي ١٢١/٢.

(٤) القرار السابع لمجمع الفقه الإسلامي لعام ١٤٠٨هـ.

المطلب الثالث

حكم العذر الطارئ إذا ورد على العقد

يعتبر طريان العذر المؤثر على العقد موجباً للحكم بالفسخ، وحينئذ يسلب العقد صفة اللزوم، إلا أن هذا الحكم يختلف بحسب اختلاف الأعذار، وقوة تأثيرها في لزوم العقد، ولهذا اختلف العلماء رحمهم الله في نوعية الأعذار المؤثرة في لزوم العقد، والموجبة للفسخ.

وعند النظر في كلامهم رحمهم الله نجد أن هناك نوعين من الأعذار وهما:

النوع الأول: أعذار اتفق على تأثيرها في لزوم العقد .

النوع الثاني: أعذار اختلف في تأثيرها في لزوم العقد.

وبيان هذين النوعين فيما يلي:

النوع الأول: الأعذار المتفق على تأثيرها في لزوم العقد:

اتفق أهل العلم رحمهم الله على أربعة أعذار أنها موجبة للحكم بفسخ العقد، وزوال لزومه، وهي:

أولاً: إذا تعذر استيفاء المنفعة من المعقود عليها لمعيَّن؛ فعلى سبيل المثال لو كان العقد على استئجار دار معينة للسكنى، أو دابة معينة للركوب، فهنا المعقود عليه هو المنفعة الحاصلة بالسكن، أو الركوب من تلك الدار، والدابة المعينة، فإذا تعذر الحصول على هذه المنفعة، بأن انهدمت الدار، أو ماتت الدابة، ونحو ذلك، فإن العقد يزول لزومه؛ لعدم تمكن المستأجر من أخذ حقه، واستيفائه للمنفعة المطلوبة من ذلك المعين، وقد نص على هذا العذر العلماء رحمهم الله، وبينوا أن الفائدة من العقد تزول بزوال تلك المنفعة، وعدم التمكن من استيفائها، وفي ذلك يقول الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [ومنها هلاك المستأجَر والمستأجر فيه؛ لوقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقاء العقد فائدة ...] [1] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب المالكي رحمه الله: [فإن طرأ ما يمنع ذلك؛ كاحتراق الدار، وانهدامها، أو غصبها، أو مرض العبد، أو الدابة، فإن العقد ينفسخ معه] [2] اهـ

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٢٢٣، الاختيار للموصلي ٢/ ٦١.

(٢) التلقين للقاضي عبد الوهاب ٢/٤٠٠، بداية المجتهد لابن رشد ١٥٠/٥.

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره: موت الدابة، والأجير المُعَيَّن، فإن كان قبل القبض، أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة انفسخ العقد، وإن كان في خلال المدة انفسخ العقد في الباقي ..][1] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها ..][2] اهـ

فقد نص الجميع على الحكم بانفساخ العقد، وحينئذ يحكم بزوال اللزوم المترتب عليه، وعلل الإمام الكاساني رحمه الله الحكم بفسخ العقد بأن الفائدة المرجوة من العقد قد زالت، وهذا في الحقيقة يجعل المستأجر مظلوماً إذا ألزم بعد فواتها بالأجرة؛ لأنه لم يستوف حقاً في مقابلها، فصار الحكم بفسخ العقد عين العدل، والإنصاف .

ثانياً: إذا كان الذي يستوفي المنفعة معيناً، فإذا هلك فإن الإجارة تنفسخ بذلك الهلاك، وذلك كموت الصبي الرضيع، الذي استؤجرت المرضعة له، فالعقد هنا يزول لزومه لتعذر استيفاء المنفعة؛ لأن العقد انصب على معين، يفوت بفواته؛ فالصبي الرضيع إذا مات لم يمكن استيفاء الحق له، والعقد قام عليه بعينه، فهو مستحق للرضاعة بعينه بموجب العقد، فلو حكمنا ببقاء اللزوم لأدى ذلك إلى دفع الأجرة بدون مقابل، وذلك لا يجوز؛ لأنه من أكل المال بالباطل؛ ولذلك كان الأصل موجباً لبطلان عقد الإجارة بموت المعقود له كما قرره الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله بقوله: [وكذا لو مات الصبي لأن كل واحد منهما معقود له، والأصل أن الإجارة تبطل بموت المعقود له ...][3] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [وأما الصبي المرتضع، أو المتعلم، فتنفسخ الإجارة بموته ..][4] اهـ

وقال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [وإن مات الصبي الذي عقد الإجارة على إرضاعه، فالمنصوص أنه ينفسخ العقد؛ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه؛ لأنه لا يمكن إقامة غيره مقامه لاختلاف الصبيان في الرضاع فبطل ...][5] اهـ

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٥/ ٢٤٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٤٨٢.

(٢) المقنع لابن قدامة ٢/ ٢١٣، المغني لابن قدامة ٨/ ٢٧.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ٢٢٢ .

(٤) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/ ٨٦٠ .

(٥) المهذب للشيرازي ١/ ٤١٣.

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[وتنفسخ الإجارة بتلف العين المعقود عليها، وموت الصبي المرتضع، وموت الراكب إذا لم يكن له من يقوم مقامه في استيفاء المنفعة ..] [1]اهـ

فنص هؤلاء الأئمة رحمهم الله على الحكم بالفسخ عند موت المعقود له، إلا أن الإمام ابن قدامة رحمه الله فصل في مسألة موت المعقود له إذا كانت الإجارة على الركوب، فبين أنه يشترط أن لا يكون هناك من يقوم مقام المستأجر، وهذا في غير المعيَّن كما هو معلوم .

ثالثاً: إذا حصل في المعقود عليه ما ينقص المنفعة نقصاً يتضرر به المستأجر بالمقام على العقد فإن للمستأجر الخيار في فسخ العقد، ومن أمثلة ذلك أن يمرض العبد المستأجر، أو يطرأ خلل في العين المستأجرة يتضرر المستأجر به، ويمتنع المؤجر من إصلاحه، فحينئذ يحكم بالخيار للمستأجر إن شاء أبقى العقد، وإن شاء فسخه .

قال الإمام عبد الله الموصلي الحنفي رحمه الله:[ولو وجد بها عيباً يخل بالمنافع كمرض العبد، والدابة، وندها[2]، وانهدام بعض البناء، فله الخيار. . . ، وإن شاء فسخ؛لأنه وجد العيب قبل القبض] [3]اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله في الطوارئ الموجبة للفسخ:[ما ينقص المنفعة نقصاً يتضرر المكتري بالمقام معه، ويأبى الأجير إصلاحه ..، فهو سبب للخيار في فسخ العقد قبل القبض وبعده] [4]اهـ

وقال الشيخ شمس الدين الرملي الشافعي رحمه الله:[وإن عيبه بحيث أثر في منفعته تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة ثبت للمكتري الخيار] [5]اهـ

وقال الشيخ منصور البهوتي الحنبلي رحمه الله:[(وإن وجد) المستأجر (العين) المؤجرة (معيبة أو حدث بها) عنده (عيب يظهر به تفاوت الأجرة وتقدم التنبيه على بعضه قريباً) فله

(١)المقنع لابن قدامة ٢/٢١٣.

(٢)أي شردت، وذهبت على وجهها . النهاية في غريب الحديث لابن الأثير٥/٣٥.

(٣)الاختيار للموصلي٢/٦١ .

(٤)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٨٥٩.

(٥)نهاية المحتاج للرملي٥/٣١٦.

الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً، فإذا حدث العيب فقد وجد قبل قبض الباقي من المعقود عليه فأثبت الفسخ فيما بقي منها] [1] اهـ

وفي حكم ما ذكره هؤلاء العلماء رحمهم الله ما في هذا الزمان حينما يستأجر داراً، أو غرفة، أو سيارة، على أن تكون مكيفة، فتعطل التكييف بحيث يتضرر المستأجر، وهكذا لو استأجر دكاناً فتعطلت منافع الكهرباء فيه بحيث لا يمكنه الاستفادة من العين المستأجرة، فإن المستأجر له الحق في الفسخ إذا لم يقم المؤجر بتوفير ذلك له.

رابعاً: أن يكون السبب في عدم استيفاء المنفعة شرعياً، وذلك كأن يكون العقد على قلع سن مؤلم فسكن الألم، أو على استيفاء قصاص، فعفى ولي الدم عن القصاص، فهنا يزول لزوم العقد لهذا السبب الشرعي .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل، والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه، فاستأجر رجلاً ليقلعها فسكن الوجع يجبر على القلع ...] [2] اهـ

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله: [ما يمنع من استيفاء المنفعة شرعاً، وهو يوجب الفسخ أيضا، كما لو سكن ألم السن المستأجر على قلعه ...] [3] اهـ

وقال الشيخ شمس الدين الرملي الشافعي رحمه الله: [نعم التعذر الشرعي يوجب الانفساخ، كأن استأجره لقلع سن مؤلم، فزال ألمه ...] [4] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وتنفسخ الإجارة ...، وانقلاع الضرس الذي اكترى لقلعه، أو برئه، ونحو هذا] [5] اهـ

إذاً هذه الأعذار التي تحصل هي مؤدية إلى أن يزول بها اللزوم، ويحق للمتضرر أن يفسخ العقد بلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله .

النوع الثاني: الأعذار المختلف في تأثيرها في لزوم العقد:

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٣١/٤.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٧/٤.

(٣) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٨٦١/٢ .

(٤) نهاية المحتاج للرملي ٣١٦/٥.

(٥) المقنع لابن قدامة ٢١٣/٢.

اختلف أهل العلم رحمهم الله في جملة من الأعذار هل هي موجبة لفسخ العقد، وزوال لزومه، أو لا ؟ وهذه الأعذار المختلف فيها منها ما هو عام، ومنها ما هو خاص، وبيان كل منهما فيما يلي:

أولاً: حكم الأعذار العامة وتأثيرها في لزوم العقد: المراد بعموم الأعذار أن تكون شاملة للعاقد، وغيره، فلا تختص به وحده، فتشمل جميع أهل البلد الذي هو فيه، ومن أمثلتها: الخوف العام في البلد، والحروب، والزلازل، والكوارث العامة، فلا تختص بالعاقد وحده، فإذا حصل التعاقد مثلاً على إجارة الدكاكين لمدة سنة كاملة، وفي أثناء السنة المؤجرة، حصل خوف لدى الناس في تلك البلد، أدى إلى إغلاق الدكاكين، والمحلات التجارية، وبقاء الناس في بيوتهم فما مدى تأثير هذا العذر في لزوم عقد الإجارة ؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك على قولين:

القول الأول: أن العقد ينفسخ بمثل هذا العذر، وهو مذهب الحنفية،[1] والمالكية،[2] والحنابلة،[3] رحمهم الله .

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [وتنفسخ الإجارة بالأعذار][4] اهـ

وقد سبق بأن الأعذار عندهم هي كل مالا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق العاقد في نفسه، أو ماله، كما أن الحنفية رحمهم الله يقولون بالعذر الخاص فمن باب أولى العذر العام.[5]

وقال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله عند بيانه للعذر الموجب للفسخ: [وكذلك أمر السلطان بغلق الحوانيت][6] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [أن يحدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان، الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فيمتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٦/٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٨٢/٦.

(٢) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٨٦٠/٢، بلغة السالك للصاوي ٢٨٠/٢ .

(٣) المغني لابن قدامة ٣١/٨، كشاف القناع للبهوتي ٣٠/٤ .

(٤) الهداية للمرغيناني ٢٥٠/٣ .

(٥) ينظر ص ٦٤١.

(٦) عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٨٦٠/٢ .

للزرع ونحو ذلك، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛لأنه أمر غالب منع المستأجر استيفاء المنفعة ...][1]اهـ

القول الثاني:أن العذر العام لا ينفسخ به العقد، وهو مذهب الشافعية،[2]رحمهم الله.

قال الإمام شمس الدين الرملي الشافعي رحمه الله:[ومثله فيما يظهر ما لو عدم دخول الناس فيه – أي الحمام – لفتنة، أو خراب ما حوله ...، أو أبطل أمير البلدة التفرج في السفن، وقد اكتراها، أو دار لذلك ...][3]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(العقد ينفسخ بالعذر العام)استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول:أن العقد كما ينفسخ بسكون ألم الضرس، فكذلك بالعذر العام، بجامع كون المضي فيهما موجباً لضرر زائد لا يستوجبه العقد.[4]

الوجه الثاني:أن هذا العذر أمر غالب منع المستأجر من استيفاء المنفعة، فثبت له الخيار، كالغصب .[5]

دليل القول الثاني:(العقد لا ينفسخ بالعذر العام)

استدلوا بالعقل فقالوا:إن المعقود عليه هنا لا خلل فيه، فالعذر هنا لم يحدث خللاً في المنفعة، فلا ينفسخ العقد، مع سلامة المعقود عليه.[6]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن العقد إذا حدث عذر عام يمنع استيفاء المنفعة، ينفسخ فيزول لزومه؛وذلك لما يأتي :

أولاً:صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

---

(١)المغني لابن قدامة ٣١/٨ .

(٢)روضة الطالبين للنووي ٢٣٩/٥، نهاية المحتاج للرملي ٥/ ٣١٥ .

(٣)نهاية المحتاج للرملي ٣١٥/٥، ينظر مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٤٨٠.

(٤)الهداية للمرغيناني ٣/ ٢٥٠.

(٥)كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٣٠.

(٦)روضة الطالبين للنووي ٢٤٠/٥، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٤٨٠

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني فيجاب عنه :بأن هذا العذر ،وإن لم يحدث خللاً في المعقود عليه ،لكن استيفاء المعقود عليه متعذر للعذر العام ،فلا يمكن أن ينتفع بالمعقود عليه ؛لهذا الأمر الغالب فسلامة المعقود عليه لا تأثير لها ،ولا معنى ما دام أنه تعذر استيفاء المنفعة ،فإذا أخذ الأجرة مقابل منفعة لم تستوف للعذر ،كان آخذاً للمال بغير حق ،وقد قال عليه الصلاة والسلام : (بم يأخذ أحدكم مال أخيه بغير حق). [(١)]

وبهذا يتبين لنا أن العذر العام الذي يمنع من الاستمرار في العقد يعتبر عذراً شرعياً يجعل العقد اللازم عقداً جائزاً ،ومن ثم يحق للمتضرر منهما أن يفسخ العقد ؛لذلك العذر.

ثانياً :العذر الخاص:

يقصد بالعذر الخاص أن العاقد يتأثر بذلك العذر دون غيره من الناس ،كأن يحترق متاع متجره ،فلا يستطيع الاستفادة من المكان المستأجر بالبيع ،والشراء ؛لعدم توفر المال اللازم لتجارته بعد احتراق متاعه ،أو موت أحد المتعاقدين ،ونحو ذلك من الأعذار ،التي تكون سبباً خاصاً ،وليس عاماً لأهل بلدة ،أو لجماعة.

فإذا حدث مثل هذا العذر الخاص في العقد فهل يكون عذراً يفسخ العقد أم لا ؟ اختلف أهل العلم رحمهم الله في فسخ العقد بالعذر الخاص على قولين:

القول الأول:أن العذر الخاص لا ينفسخ به العقد ،وهو مذهب المالكية ،[(٢)] والشافعية ،[(٣)] والحنابلة ،[(٤)] رحمهم الله .

قال الإمام جلال الدين ابن شاس المالكي رحمه الله :[أما لو ظهر للعاقد عذر ،بأن تخلف عن السفر بعد استئجار الدابة ،أو تغيرت حرفته بعد استئجار الحانوت ،أو مرض لكان العقد لازماً له ..] [(٥)] اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله :[لا تنفسخ الإجارة بالأعذار ... ،وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها ،فمرض ،أو حانوتاً لحرفة ،فندم ،أو هلكت

---

(١)تقدم تخريجه ص ٦١٢.

(٢)التلقين القاضي عبد الوهاب ٤٠١/٢ ،بداية المجتهد لابن رشد ١٥٠/٥ .

(٣)الوجيز للغزالي ٢٣٨/١ ،روضة الطالبين للنووي ٢٣٩/٥ .

(٤)المغني لابن قدامة ٣١/٨ ،كشاف القناع للبهوتي ٣٠/٤ .

(٥)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٨٥٩/٢.

آلات الحرفة...][1]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله:[فأما إن كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو حُلولهم في طريقه، لم يملك الفسخ؛لأنه عذر يختص به ... ،وكذلك لو حبس، أو مرض، أو ضاعت نفقته، أو تلف متاعه، لم يملك فسخ الإجارة لذلك ...][2]اهـ

القول الثاني:أن العقد ينفسخ بالعذر الخاص، وهو مذهب الحنفية،[3] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني رحمه الله:[وتفسخ الإجارة بالأعذار عندنا ... ،وكذا من استأجر دكاناً في السوق؛ليتجر فيه، فذهب ماله ...][4]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول:(لا ينفسخ العقد بالعذر الخاص)استدلوا بالنقل، والعقل .

أما دليلهم من النقل فقوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾ [المائدة:١]

ووجه الدلالة:أن الله تعالى أمر المؤمنين بالوفاء بالعقود، والعقد هنا على منفعة، فأشبه النكاح، فكما أن النكاح داخل في عموم هذه الآية، فكذلك الإجارة، بجامع أن كلاً منهما عقد على منفعة.[5]

وأما دليلهم من العقل فمن ثلاثة أوجه:

الوجه الأول:أن عقد الإجارة عقد معاوضة، فلا ينفسخ بالعذر الخاص؛كالبيع.[6]

الوجه الثاني:أن العاقد ترك استيفاء المنافع لمعنى من جهته، فلم يمنع ذلك وجوب أجرها عليه، كما لو تركها اختياراً.[7]

---

(١)روضة الطالبين للنووي ٢٣٩/٥.

(٢)المغني لابن قدامة ٣١/٨.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني ١٩٧/٤، الاختيار للموصلي ٦٢/٢.

(٤)الهداية للمرغيناني ٢٥٠/٣.

(٥)بداية المجتهد لابن رشد ١٥٠/٥ .

(٦)المصدر السابق.

(٧)المغني لابن قدامة ٣٢/٨.

الوجه الثالث: أن مثل هذا العذر لا يمنع من استيفاء المنافع، إذ لا خلل في المعقود عليه، فإن له أن يؤجره لمن يقوم مقامه.[(١)]

دليل القول الثاني: (العقد ينفسخ بالعذر الخاص) استدلوا بالعقل من وجهين:

الوجه الأول: أن الحاجة تدعو إلى الفسخ بالعذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد.[(٢)]

الوجه الثاني: أن العقد كما ينفسخ بذهاب المعقود عليه، كذهاب ألم السن، وزوال الآكلة في اليد، فكذلك يفسخ العقد بذهاب ما تستوفى به المنفعة، وهو العذر الخاص كاحتراق متاع الدكان.[(٣)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن العقد لا ينفسخ بالعذر الخاص الذي يصيب العاقد دون غيره من الناس؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني من العقل في الوجه الأول فيقال: ليس في الإلزام بالعقد ضرر لم يلتزمه بالعقد، فقد التزم دفع الأجرة فلم يلزم بغير ذلك، ثم ليس هناك ضرر يرفع؛ إذ يستطيع أن يدفعه إلى غيره بمثل أجرته، فلم يترتب عليه ضرر.

ثالثاً: أما استدلالهم بالعقل بالوجه الثاني فيجاب عنه: بأنه قياس مع الفارق: ذلك أن العقد هنا ليس على محرم، أما في الأصل فإن ذهاب ألم السن، و زاول الآكلة يوجب الحكم بفسخ العقد؛ لعدم جواز تنفيذه شرعاً؛ إذ لا يجوز قلع السن، ولا قطع اليد إلا من ضرورة، ولا ضرورة بعد زوال الألم، وذهاب الآكلة، فصار طريان ذلك الزوال عذراً شرعياً موجباً للفسخ، وأصبح محل العقد كالمعدوم من هذا الوجه.[(٤)]

---

(١) روضة الطالبين للنووي ٥/ ٢٤٠، كشاف القناع للبهوتي ٤/ ٣٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٤/ ١٩٧ .

(٣) الهداية للمرغيناني ٣/ ٢٥٠، الاختيار للموصلي ٢/ ٦٢ .

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ٧/ ٣٩٤.

وقد تلخص مما سبق أن العذر الطارئ حقيقته عجز عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر لم يستحق بذلك العقد ،فإذا حدث مثل هذا العذر فإنه يكون مؤثراً في لزوم العقد ،فيجوز فسخه وإن لم يرض الطرف الآخر،وذلك في الأحوال التالية:

الحالة الأولى:إذا أدى العذر الطارئ إلى تعذر استيفاء المنفعة، إما بسبب تلف المعقود عليه المعين،أو موت المعقود له المعين.

الحالة الثانية:إذا أحدث العذر الطارئ نقصاً كبيراً في المعقود عليه،تتغير به أجرته،أو وجد بذلك العذر مانع شرعي يمنع من الاستمرار في العقد.

وهاتان الحالتان لا خلاف بين أهل العلم،رحمهم الله في كونهما سبباً موجباً لفسخ العقد ،وعدم لزومه.

الحالة الثالثة:أن يكون العذر الطارئ في غير المعقود عليه،وكان ذلك العذر عاماً كالخوف العام،ونحوه،أما إذا كان عذراً خاصاً يمكن معه الاستيفاء للمنفعة بأي وجه،فلا يعتبر ذلك العذر سبباً في زوال لزوم العقد .

المطلب الرابع

العقود التي تتأثر بالعذر الطارئ

إن الممارس لأي نوع من التجارة يدرك أنها عرضة للربح، والخسارة، فإذا كان ذلك معتاداً، فإن الخسارة الحاصلة لا تأثير لها في العقود، إذ السمة في التجارة تقبل التاجر لمثل ذلك النوع من الخسارة، لكن إذا كانت هذه الخسارة غير معتادة في عرف التجار، كما هو الحال عند وجود العذر الطارئ فقد تبين مما سبق أنها تزيل لزوم العقد، إلا ما كان عذراً خاصاً يمكن الاستفادة من المعقود عليه بأي شكل من الأشكال .[١]

فإذا كان الأمر كذلك فليس كل العقود اللازمة تتعرض لمثل هذه الأعذار الطارئة، ويلاحظ كيف أن أهل العلم رحمهم الله أبرزوا الأعذار الطارئة بشكل خاص في عقد الإجارة مما يجعل الباحث يخرج بتصور أن الأعذار الطارئة إنما ترد على العقود التي يكون فيها نوع من التراخي في استيفاء المعقود عليه .

ولذا فإن علماء الحنفية رحمهم الله الذين أخذوا بأن العذر الطارئ يعتبر سبباً من الأسباب التي يزول بها اللزوم عن العقد، ذكروا مثل هذه الأعذار في عقود الإجارة، والمزارعة، المساقاة، وبينوا مدى تأثرها بالعذر الطارئ .

وهذه العقود لا يتم فيها القبض مباشرة بعد التعاقد بل يتم استيفاء المعقود عليه فيها شيئاً فشيئاً .

أما في عقد الإجارة فقد تقدم بيان نقول الفقهاء رحمهم الله في تأثر عقده بالعذر الطارئ، وأنه يوجب الحكم بزوال لزومه، ومن ثم انفساخ الإجارة [٢]، وإذا كان المستأجر انتفع بالعين المؤجرة، ثم طرأ العذر بعد مدة من ابتداء العقد، فإنه حينئذ يحكم بلزوم الأجرة عما مضى، ويحكم بانفساخ العقد فيما بقي من المدة، وإلى ذلك أشار الإمام النووي رحمه الله بقوله: [القسم الثاني:فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره:موت الدابة، والأجير المُعَيَّن، فإن كان قبل القبض، أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة انفسخ العقد، وإن كان في خلال المدة انفسخ العقد في الباقي ..][٣] اهـ

---

(١) ينظر ص ٦٤٠.

(٢)ينظر ص ٦٣٦.

(٣)روضة الطالبين للنووي ٥/ ٢٤٠، مغني المحتاج للشربيني ٢/ ٤٨٢.

فبين رحمه الله أن طريان العذر على عقد الإجارة يوجب الحكم بانفساخها على التفصيل:فإن كان قبل مضي مدة لمثلها أجرة انفسخ العقد كلية،وليس هناك حق لا للمستأجر،ولا للمؤجر،فتعود العين المؤجرة،وتعود الأجرة للمستأجر،وأما إذا كان الطريان بعد مضي مدة فإن الفسخ يتعلق بما بقي لا بما مضى،وفائدة ذلك:أننا نحكم بدفع أقساط الأجرة المتعلقة بالمدة الماضية.

وأما في المزارعة والمساقاة فقد قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله:[أن هذا العقد ـ يعني المزارعة ـ غير لازم في جانب صاحب البذر،لازم في جانب صاحبه،لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال:لا أريد زراعة الأرض،له ذلك،سواء كان له عذر،أو لم يكن،ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك؛إلا من عذر،وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما أن يمتنع؛إلا من عذر][1] اهـ

وأما عند الجمهور رحمهم الله الذين يقولون بعدم فسخ العقد بالعذر الخاص في الإجارة،فكذلك في المزارعة،والمساقاة لا ينفسخ واحد منهما بالعذر الطارئ الذي يكون خاصاً كمرض،أو عجز،ونحو ذلك .[2]

وفي السلم حيث يكون التسليم متراخياً،فإن حصل عذر عام كما لو أن الثمر لم يخرج في السنة التي تم الاتفاق على تسليم المسلم فيه فيها،فإن المُسلَم إليه بالخيار،إن شاء فسخ العقد،وإن شاء صبر حتى العام المقبل،ولذا فإن المُسلِم لا يجبر على التسليم؛لعدم مقدرته عليه.[3]

أما إذا كان المُسلَم فيه موجوداً لكن حصل ارتفاع في سعره في ذلك العام،أو كان يحتاج إلى حمل إلى الموضع المتفق على التسليم فيه،فإن على البائع الوفاء بما التزم به في العقد،ولا يعتبر وجود هذه الأعذار موجباً لفسخ العقد.[4]

وفي النكاح حيث يحتمل التراخي في المهر،والتسليم،فإن المهر يستقر كاملاً بالدخول أو الموت،فإذا تأخر التسليم وتوفي أحد الزوجين،فإن المهر يكون مستحقاً للزوجة،وهكذا

---

(١)بدائع الصنائع للكاساني ١٨٢/٦.

(٢)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٣٤/٢ ،مغني المحتاج للشربيني ٤٤٦/٢ ،المغني لابن قدامة ٥٤٧/٧.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٥/٢١١ ،عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٥٥٨/٢ ،روضة الطالبين للنووي ١١/٤ ،المغني لابن قدامة ٤٠٧/٦.

(٤)روضة الطالبين للنووي ١٢/٤ .

بعد دخوله بها.[1]

فلو كان المهر - مثلاً - داراً معينة فانهدمت فكان ضمانها على الزوجة بعد قبضها، أما إذا منع الزوج قبض الدار، فتلفت، فالضمان عليه.[2]

وأما في الرهن فإن المرهون إذا تلف بآفة سماوية؛ فإن ذلك يزيل لزوم الرهن بغير خلاف عند أهل العلم رحمهم الله؛ لأن الرهن فات، دون أن يكون له بدل.[3]

وقد نص بعض الفقهاء رحمهم الله على أن الراهن لا يلزم برهن آخر بدل الرهن إذا تلف، قال الشيخ أبو النجا الحجاوي رحمه الله: [وإذا تلف الرهن لم يلزم الراهن أن يرهن مكانه رهناً آخر][4] اهـ

وفي المكاتبة إذا عجز المكاتب عن الوفاء فإنه يحق للسيد أن يفسخ ذلك العقد ولا يلزم به، لعدم تمكن المكاتب عن السداد كما لو عجز المشتري عن دفع الثمن .

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أنها عقد لازم من جانب المولى، إذا كان صحيحاً، حتى لا يملك فسخه من غير رضا المكاتب إذا لم يحل نجم، أو نجمان][5] اهـ

فإذا حل عليه الوفاء لقسط من الأقساط، فلم يستطع أن يقوم بالسداد كان للسيد أن يفسخ العقد .

وأما في التدبير: فقد سبق بأن السيد إذا كان عليه دين، واحتاج إلى الرجوع في التدبير فله ذلك، فيعتبر ذلك عذراً طارئاً في حق السيد، يجعل العقد في حقه غير لازم .[6]

هذه هي العقود التي يكون فيها التسليم متراخياً، أما إذا لم يكن هناك تراخٍ في التسليم، كما في البيوع فإن العذر الطارئ لا تأثير له في عقده؛ لأن المبيع إن كان مقبوضاً فهو من ضمان المشتري، وإن لم يكن مقبوضاً غير محتاج إلى توفية فهو كذلك من ضمانه

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٤/٢٤٢.

(٢) المقنع لابن قدامة ٣/٨٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٥٤ عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٢/٦٠٠، الذخيرة للقرافي ٨/١٠٨، المهذب للشيرازي ١/٢٢٣. روضة الطالبين للنووي ٤/١٠٤، المغني لابن قدامة ٦/٤٥٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٤١.

(٤) الإقناع للحجاوي ٢/١٦٢.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٤٧.

(٦) ينظر ص ٢٩٧.

،أما إذا كان يحتاج إلى توفية ،أو كان البائع يماطل في التسليم ،فالضمان يكون على البائع كما سبق بيانه.[1]

وبهذا يظهر أن تصور الأعذار الطارئة ،إنما يكون في العقود التي تحتاج إلى مدة في تنفيذها ،فهي التي تكون عرضة لحصول عذر طارئ يستدعي أن يسلب عن العقد لزومه .

---

(١)ينظر ص ٤١١.

المطلب الخامس

أثر العذر الطارئ في سلب لزوم العقد

يرتب على طريان الأعذار على العقود اللازمة أن ينقلب لزومها إلى الجواز، بحيث يحق للطرف المعذور أن يطالب بفسخ العقد.

ولا مانع إذا اتفق الطرفان على الاستمرار في العقد الأول، مع تخفيف الضرر الطارئ، أو اقتسامه بينهما، سواء كان ذلك منهما، أو بمشورة الغير، أو رأى ذلك القاضي؛ فإنه يحكم حينئذ بلزوم العقد مرة ثانية؛ لأن الحق للمعذور، فلو تنازل عنه، أو عن بعضه فلا حرج عليه.

فعلى سبيل المثال لو اتفق الطرفان على بيع سيارة معينة، فتلف شيء منها قبل التسليم، واتفقا على اقتسام الضرر، وعدم فسخ العقد الأول كان لهما ذلك، وللمشتري الحق في التنازل عن حقه كله، أو بعضه، ولا يجبر على الفسخ .[(١)]

ومثل هذا يقع في السلم، فلو أن أطراف العقد اتفقوا على السلم في عين معينة، تسلم في وقت محدد، توجد فيه مثل هذه العين، وعند قدوم الوقت المحدد لم توجد هذه العين المتفق عليها بسبب خارج عن إرادة البائع، فلا يجبر على التسليم؛ لذلك العذر، ويكون المشتري بالخيار في أن ينتظر حتى يستطيع البائع من الحصول على العين، أو يطالب بفسخ العقد .[(٢)]

وهكذا لو حصل عذر في عقد المزارعة، أو المساقاة، ولا يمكن معه الاستمرار في العقد، إلا بحدوث ضرر فادح على أحد الطرفين، فإن العقد ينفسخ به.[(٣)]

وفي عقد الإجارة إذا طرأ العذر أثناء المدة المتفق عليها أوجب الفسخ فيما بقي دون ما مضى منها، و يجب على المستأجر دفع أجرة المدة الماضية .[(٤)]

فظهر من خلال ما تقدم أن العذر الطارئ يعتبر أحد السوالب التي تسلب عن العقد اللازم لزومه، وهذا من يسر الشريعة وسماحتها، ففي الأحوال المعتادة يكون العقد لازم الوفاء حفاظاً للمقصود من إبرامه، فإذا تعذر الوفاء لسبب من الأسباب، والأعذار التي تمنع منه، فإن

---

(١)الأشباه والنظائر للسيوطي٥٩ .

(٢)بدائع الصنائع للكاساني٥/٢١١، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٢/٥٥٨، روضة الطالبين للنووي ٤/١١، المغني لابن قدامة ٦/٤٠٧.

(٣)بدائع الصنائع للكاساني٦/١٨٢.

(٤)روضة الطالبين للنووي٥/٢٤٠، مغني المحتاج للشربيني٢/٤٨٢.

الشريعة الإسلامية أعطت للمتضرر الحق في فسخه، ودفع الضرر عنه، وهذا عين العدل، والرحمة.

المبحث الرابع

الرجوع في العقد

ويشتمل هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الأول: رجوع أحد الوالدين في الهبة.

المطلب الثاني: رجوع المرتهن في قبض الرهن.

المطلب الأول

رجوع أحد الوالدين في الهبة

قد سبق أن الهبة تلزم الواهب بعد القبض[1]، فإذا لزمت فلا يحق لذلك الواهب أن يرجع في هبته، فهل هذا عام في كل واهب، أم أن هناك من يستثنى، فيجوز له أن يرجع في هبته ؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في ذلك الاستثناء من لزوم عقد الهبة، على أربعة أقوال:

القول الأول: أن الرجوع في الهبة جائز للأب، إلا أن يتعلق به حق الغير، فلا يحق له الرجوع، وهو مذهب المالكية،[2] ورواية عند الحنابلة [3]، واختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[4] رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد بن رشد الحفيد المالكي رحمه الله: [..فذهب مالك أن للأب أن يعتصر[5] ما وهبه لابنه، ما لم يتزوج الابن، أو لم يستحدث ديناً، وبالجملة: ما لم يترتب عليه حق الغير][6] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ له الرجوع إلا أن يتعلق بها حق، أو رغبة، نحو أن يتزوج الولد، أو يفلس][7] اهـ

وسئل شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: [عن رجل له أولاد وهب لهم ماله ووهب أحدهم نصيبه لولده، وقد رجع الوالد الأول فيما وهبه لأولاده، فردوا عليه، إلا الذي وهبه لولده امتنع، فهل يلزمه أن ينتزعه من ولده، ويسلمه لوالده ؟

فأجاب الحمد لله، إذا كان قد وهب لولده شيئًا ولم يتعلق به حق الغير، مثل أن يكون

---

(١) ينظر ص ٣٥٠.

(٢) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦١٥/٣، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ٦٩/٣.

(٣) المقنع لابن قدامة ٣٤٠/٢، الإنصاف للمرداوي ١٤٦/٧.

(٤) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٠٢/٣١.

(٥) أي يرتجع، يقال: اعتصر الهدية إذا ارتجعها، وعاد فيها . لسان العرب لابن منظور ٥٧٩/٤.

(٦) بداية المجتهد لابن رشد ٣٦٨/٥.

(٧) المقنع لابن قدامة ٣٤٠/٢.

قد صار عليه دين، أو زوجوه لأجل ذلك، فله أن يرجع في ذلك والله أعلم] [١] اهـ

القول الثاني: أن الرجوع في الهبة جائز للأب مطلقاً، إلا أن تزول عين الهبة، أو يتصرف فيها، وهو مذهب الشافعية [٢]، والظاهرية، [٣] والحنابلة في المشهور [٤]، رحمهم الله.

قال الإمام أبو إسحاق الشيرازي الشافعي رحمه الله: [لا يحل للرجل أن يعطي العطية، فيرجع فيها، إلا الوالد فيما أعطى ولده] [٥] اهـ

وقال الإمام ابن حزم الظاهري رحمه الله: [ومن وهب هبة صحيحة، لم يجز له الرجوع فيها أصلاً مُذْ [٦] يلفظ بها إلا الوالد والأم ... ، فإن فات عينها فلا رجوع لهما بشيء ... ، فإن فات البعض، وبقي البعض؛ كان لهما الرجوع فيما بقي فقط] [٧] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [ولا يجوز لواهب، أن يرجع في هبته، إلا الأب] [٨] اهـ

القول الثالث: أن الأب كغيره ليس له الرجوع، وهو رواية عن الإمام أحمد رحمه الله، قال الإمام الموفق ابن قدامة رحمه الله: [وعنه ـ أي الإمام أحمد ـ ليس له الرجوع] [٩] اهـ

القول الرابع: أن الرجوع في الهبة، لا يحق لكل من وهب لذي رحم محرم، بما في ذلك الأب، وهو مذهب الحنفية، [١٠] رحمهم الله.

قال الإمام أبو الحسن المرغيناني الحنفي رحمه الله: [إن وهب هبة لذي رحم محرم منه؛ فلا رجوع فيها..] [١١] اهـ

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٠٢/٣١.

(٢) الوجيز للغزالي ٢٤٩/١، روضة الطالبين للنووي ٣٧٩/٥، فتح الباري لابن حجر ٢١٥/٥.

(٣) المحلى لابن حزم ٨٦/١٠.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٦١/٨، الإنصاف للمرداوي ١٤٥/٧.

(٥) المهذب للشيرازي ٤٥٤/١.

(٦) أي من حين.

(٧) المحلى لابن حزم ٨٦/١٠.

(٨) المقنع لابن قدامة ٣٤٠/٢.

(٩) المصدر السابق.

(١٠) بدائع الصنائع للكاساني ١٣٢/٦، تكملة شرح فتح القدير لقاضي زاده ٤٤/٩.

(١١) الهداية للمرغيناني ٢٢٨/٣.

الأدلة:

دليل القول الأول: (الرجوع للأب ما لم يتعلق به حق الغير)استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فالسنة، وذلك من وجهين:

أولهما: حديث ابن عمر، وابن عباس رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(لا يحل للرجل أن يعطي عطية، ثم يرجع فيها، إلا الوالد فيما يعطي ولده). [1]

ووجه الدلالة: استثناء المصطفى صلى الله عليه وسلم الوالد في رجوعه لهبته لولده من التحريم، حيث قال: "لا يحل للرجل" وأعقبه باستثناء الوالد، فدل ذلك على أن للأب أن يرجع في هبته.

وأما ثانيهما: فحديث النعمان بن بشير رضي الله عنهما: (أن أباه أتى به الرسول صلى الله عليه وسلم، فقال: إني نحلت ابني هذا غلاماً، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أكلَّ ولدك نحلتَ مثله ؟ قال: لا، قال: فأرجعه). [2]

ووجه الدلالة: أن المصطفى صلى الله عليه وسلم، أمر والد النعمان بأن يرجع في هبته لولده، فدل على جواز رجوع الأب في هبته لولده، ويؤيد ذلك ما في الرواية الأخرى " أن والد النعمان رجع فرد عطيته، [3] ولو لم يكن الرجوع مشروعاً لما أمره عليه الصلاة والسلام به. [4]

وأما دليلهم من العقل فمن وجوه:

الوجه الأول: أن هذه الهبة، هبة لمن أضيف هو، وماله في الشرع إلى واهبها إضافة الملك، فكان لواهبها الرجوع فيها بوجهٍ، أصله هبة السيد لعبده.

الوجه الثاني: أن الأب يختص مع الولد، بما لا يوجد في غيره، وله شبهة في ماله ففارق الأجنبي.

---

(١)رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة، سنن أبي داود ٣/٢٩١، والترمذي، كتاب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة، وقال حديث حسن صحيح، سنن الترمذي ٤/٤٤٢، ، وابن ماجة في كتاب الهبات، باب من أعطى ولده، ثم رجع فيه، سنن ابن ماجة ٢/٧٩٥، قال الحافظ ابن حجر: (رجاله ثقات) اهـ فتح الباري ٥/٢١١

(٢)متفق عليه، صحيح البخاري، كتاب الهبات، باب الهبة للولد ٣/١٣٤، و صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة ٥/٦٥.

(٣)رواه البخاري في كتاب الهبات، باب الإشهاد في الهبة صحيح البخاري ٣/١٣٤.

(٤)المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٦١٥، فتح الباري لابن حجر ٥/٢١٥.

الوجه الثالث:أن الهبة إذا تعلق بها حق الغير،فإن الضرر يحصل بهذا الغير،والقاعدة تقضي أنه لا ضرر،ولا ضرار.

الوجه الرابع:أنه إذا تعلق بالهبة حق للغير،فإن الرجوع متضمن للتغرير بذلك الغير بتفويت حقه في الهبة،ولا يجوز الغرر .(١)

دليل القول الثاني:(للأب الرجوع،ما لم تزول العين)استدلوا بما تقدم من أدلة القول الأول،لكن قالوا بعمومها،فإذا زالت العين،أو تصرف فيها فلا يمكن الرجوع.(٢)

دليل القول الثالث:(ليس له الرجوع) استدلوا بالنقل،والعقل .

أما دليلهم من النقل فحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (العائد في هبته؛كالكلب يقيء،ثم يعود في قيئه).(٣)

وجه الدلالة:عموم قوله صلى الله عليه وسلم : (العائد) فيشمل الأب،وغيره،فدل على عدم جواز رجوع الأب في هبته،كغيره.(٤)

دليل القول الرابع:(عدم الرجوع في الهبة لكل ذي رحم)استدلوا بالنقل،والعقل.

أما دليلهم من النقل:فحديث سمرة بن جندب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها).(٥)

ووجه الدلالة: استثناء الرجوع في الهبة إذا كانت لذي رحم،فالرجوع في الهبة جائز،إلا في الحالة التي استثناها الحديث،وهي أن تكون الهبة لذي رحم محرم .

---

(١)المعونة للقاضي عبد الوهاب ١٦١٥/٣،ينظر حاشية المقنع٢/٣٤٠.

(٢)المحلى لابن حزم١٠/٨٦ .

(٣)تقدم تخريجه ص٣٤٢.

(٤)المغني لابن قدامة ٢٦٢/٨.

(٥)رواه الحاكم،كتاب البيوع،باب إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها،وقال :حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه،المستدرك على الصحيحين للحاكم٢/٥٢،والبيهقي،كتاب الهبات،باب المكافأة في الهبة،وقال: (لم نكتبه إلا بهذا الإسناد،وليس بالقوي) اهـ السنن الكبرى للبيهقي٦/١٨١،والدارقطني،كتاب البيوع،وقال: (انفرد به عبد الله بن جعفر)اهـ سنن الدار قطني ٤٤/٣،قال الإمام الزيلعي رحمه الله في: (قال ابن الجوزي ...،وعبد الله بن جعفر هذا ضعيف،وخطأه صاحب التنقيح وقال: بل ثقة من رجال الصحيحين،والضعيف هو والد علي المديني ...،ورواة هذا الحديث ثقات،ولكنه حديث منكر،وهو من أنكر ما روي عن الحسن عن سمرة) اهـ نصب الراية للزيلعي٤/١٢٧.

ولما ورد عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال:(من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها ...).[١]

أما دليلهم من العقل فقالوا :المقصود من هبة ذي الرحم صلته، وقد حصلت الهبة، فلا يرجع فيها حتى لا يكون قاطعاً لها، فتكون الهبة حينئذ مخالفة للمقصود منها؛لأن الرجوع يفضي إلى القطيعة المحرمة.[٢]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بجواز رجوع الأب في هبته لولده، ما لم يتعلق بها حق الغير، وذلك لما يأتي:

أولاً :صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من النقل، والعقل.

ثانياً :أما استدلال أصحاب القول الثاني بعدم تمكن الوالد من العود في هبته، فلا إشكال فيه؛لأنه موافق لما رجحته .

ثالثاً :أما استدلال أصحاب القول الثالث بحديث ابن عباس رضي الله عنهما، فيقال:إنه حديث عام مخصص بالأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الراجح.[٣]

رابعاً :أما استدلالهم بالعقل:فالجواب عنه من وجهين:

الوجه الأول:أنه قياس منقوض بهبة الأجنبي، فإن فيها أجراً وثواباً، وعندهم له الرجوع فيها.[٤]

الوجه الثاني:أنه قياس مع النص، والنص مقدم عليه .

خامساً :أما استدلال أصحاب القول الرابع، بحديث سمرة بن جندب فهو حديث لا يحتج به، وقد تقدم بيان ضعفه، وعلته.[٥]

سادساً :أما استدلالهم بقول عمر رضي الله عنه، فيجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول: أنه معارض بالمرفوع إلى النبي صلى الله عليه وسلم، والمرفوع مقدم عليه.

---

(١)رواه الإمام مالك في الموطأ في كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة، موطأ مالك ٧٥٤/٢.

(٢)الهداية للمرغيناني ٢٢٨/٣.

(٣)ينظر ص٦٥٣.

(٤)المغني لابن قدامة ٢٦٢/٨.

(٥)ينظر ص ٦٥٤.

الوجه الثاني:أنه عام مخصص بما جاءت به السنة .[١]

سابعاً:أما استدلالهم بالعقل،فيجاب عنه:بأننا نقول:بعدم جواز الرجوع في الهبة لذوي الرحم،وأما الوالد فهو مخصص لورود النص به.

إذا تقرر أن للوالد أن يرجع في هبته المقبوضة من ولده،ما لم يتعلق بها حق للغير فهل الوالدة تأخذ حكم الوالد في ذلك ؟

حكم رجوع الأم في هبتها لولدها:

اختلف أهل العلم رحمهم الله في رجوع الوالدة في هبتها لولدها على ثلاثة أقوال:

القول الأول:أن الوالدة مثل الأب في ذلك،وهو مذهب الشافعية،[٢] والظاهرية،[٣]وقول عند الحنابلة [٤]،رحمهم الله.

قال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله:[وأما الأم،والأجداد ...،فالمذهب أنهم كالأب ...] [٥]اهـ

وقال الإمام ابن حزم الظاهري رحمه الله:[ومن وهب هبة صحيحة،لم يجز له الرجوع فيها أصلاً،مُذْ يلفظ بها إلا الوالد،والأم ...] [٦]اهـ

وقال الإمام علاء الدين المرداوي الحنبلي رحمه الله:[وقيل:هي كالأب في ذلك][٧]اهـ

القول الثاني:أن الأم ليست كالأب في ذلك،فليس لها الرجوع في الهبة لولدها،وهو مروي عن الإمام مالك،[٨]وقول للشافعية[٩]،والمذهب عند الحنابلة رحمهم الله.[١٠]

---

(١)المغني لابن قدامة ٢٦٢/٨.

(٢)روضة الطالبين للنووي ٣٧٩/٥.

(٣)المحلى لابن حزم٨٦/١٠.

(٤)المغني لابن قدامة ٢٦٢/٨،الإنصاف للمرداوي ١٥٠/٧.

(٥)روضة الطالبين للنووي ٣٧٩/٥.

(٦)المحلى لابن حزم٨٦/١٠.

(٧)الإنصاف للمرداوي١٥٠/٧.

(٨)بداية المجتهد لابن رشد ٣٦٨/٥.

(٩)روضة الطالبين للنووي ٣٧٩/٥.

(١٠)الإنصاف للمرداوي ١٤٩/٧.

قال القاضي ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله: [وروي عن مالك أنها لا تعتصر] [١]اهـ

وقال الإمام محيي الدين النووي الشافعي رحمه الله: [وفي قول: لا رجوع] [٢]اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [والمنصوص عن أحمد، أنه ليس لها الرجوع...] [٣]اهـ

القول الثالث: أن الأم لها الرجوع إذا كان والده حياً، أما إذا لم يكن حياً فليس لها الرجوع في هبة ولدها، وهو مذهب المالكية، [٤]رحمهم الله.

قال القاضي أبو الوليد ابن رشد الحفيد المالكي رحمه الله: [ومذهب مالك ...، وأن للأم أيضاً أن تعتصر ما وهبت؛ إن كان الأب حياً ...] [٥]اهـ

الأدلة:

دليل القول الأول: (أن الأم كالأب) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل فما تقدم من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.[٦]

ووجه الدلالة منه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بالعدل بين الأولاد، فتكون الأم داخلة في هذا المعنى، فينبغي أن تدخل في جميع مدلوله لقوله (فاردده)، وقوله: (فأرجعه).

وأما دليلهم من العقل فقالوا: إن الأم لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها، ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع فيما فضلته به، تخليصاً لها من الإثم، وإزالة للتفضيل المحرم.[٧]

دليل القول الثاني: (الأم ليست كالأب في الرجوع) استدلوا بالنقل، والعقل.

أما دليلهم من النقل: فحديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ٥/٣٦٨.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٥/٣٧٩.

(٣) المغني لابن قدامة ٨/٢٦٣.

(٤) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٦١٥.

(٥) بداية المجتهد لابن رشد ٥/٣٦٨.

(٦) ينظر ص٦٥٣.

(٧) المغني لابن قدامة ٨/٢٦٣.

قال: (إن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولده من كسبه).[(١)]

ووجه الدلالة: أن للرجل أن يأخذ من مال ولده، فإن ولده من كسبه، دون الأم فليس لها ذلك؛ ولذا لما سئل الإمام أحمد: (الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل؟ قال: ليست عندي في هذا كالرجل، لأن للأب أن يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ، وذكر حديث عائشة رضي الله عنها المتقدم)[(٢)] فالحديث خص الوالد، وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب، دون الأم.

أما دليلهم من العقل فقالوا: إن بين الأب، والأم فرقاً، فالأب له ولاية على ولده، ويحوز جميع المال في الميراث، بخلاف الأم.[(٣)]

دليل القول الثالث: (الأم كالأب في حالة حياة الأب) استدلوا بالعقل فقالوا: إن هبة الأم في حالة موت الأب تعتبر هبة ليتيم، وهي يراد بها وجه الله عز وجل، فتكون كالصدقة، لا يجوز الرجوع فيها.[(٤)]

الترجيح:

الذي يترجح في نظري، والعلم عند الله، هو القول بأن الأم كالأب في الرجوع في هبتها لولدها؛ وذلك لما يأتي:

أولاً: صحة ما استدل به أصحاب هذا القول من دليل النقل، والعقل.

ثانياً: أما استدلال أصحاب القول الثاني بحديث عائشة رضي الله عنها، فيقال: إن المراد به هو الأكل من مال الولد، وليس الرجوع في الهبة، ثم إن هناك رواية لم تخصص الأب وهي: (إن أطيب ما أكلتم من كسبكم، وإن أولادكم من كسبكم)،[(٥)] فيجب البقاء على عمومها، ثم لو سلمنا بالرواية الأولى، فإنها خرجت مخرج الغالب؛ لأن حاجة الأب

---

(١) رواه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده، سنن أبي داود ٣/٢٨٨، والترمذي، كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده، وقال: هذا حديث حسن صحيح سنن الترمذي ٣/٦٣٩، والنسائي في كتاب البيوع، باب الحث على الكسب، سنن النسائي ٧/٢٤٠.

(٢) المغني لابن قدامة ٨/٢٦٣.

(٣) المصدر السابق.

(٤) المعونة للقاضي عبد الوهاب ٣/١٦١٥.

(٥) سنن الترمذي ٣/٦٣٩.

أكثر، واعتداء الأباء أغلب؛لأنهم هم الذين يتحملون التكاليف، والنص إذا خرج مخرج الغالب لم يعتبر مفهومه [(١)].

ثالثا: أما استدلالهم بالعقل بالفرق بين الأب والأم، فيقال: وإن كان بينهما فرق في الميراث، إلا أنه ليس بينهما فرق في التسوية بين الأولاد، والرجوع في الهبة إذا حصل التفضيل منها لأحد أولادها، لما يترتب على ذلك من الحسد، والعداوة، ولا سبيل إلى تلافي المحظور في ذلك إلا بالرجوع.

رابعا: أما استدلال أصحاب القول الثالث بالتفريق بين حياة الأب وموته، فيقال: لا دليل على التفريق، وما ذكروا من حصول اليتم، فليس كل هبة لليتيم تعتبر صدقة، بل مرد ذلك إلى نية الواهب.

إذا تقرر ذلك فهل الجد، والجدة يأخذان حكم الأبوين، الأب، والأم؟ والجواب على ذلك أن لأهل العلم رحمهم الله قولين مشهورين، أحدهما: أن الجد، والجدة كالأبوين، وثانيهما، أنهما ليسا كالأبوين [(٢)].

والذي يظهر أن الجد، والجدة بمنزلة الأب، والأم؛لدخولهما في النص الذي أجاز الأكل من كسب الأولاد، فولد الولد يعتبرا ولدا. [(٣)]

فالهبة إذا حصل القبض فيها تصبح عقدا لازما من طرف الواهب، إلا أن هذا اللزوم في حق الواهب يتطرق إليه السلب في حق الوالد سواء كان أبا، أو أما، أو جدا، أو جدة فلهم الرجوع في هبتهم لأولادهم، للخبر الخاص بهم، وأما من عداهم فهي لازمة في حقه لا يحق له الرجوع فيها، فكان الرجوع من أحد الوالدين في هبته لولده أحد السوالب التي تؤثر في عقد الهبة.

---

(١)الأحكام للآمدي٣/٩٤.

(٢)عقد الجواهر الثمينة لابن شاس٣/٦٩، روضة الطالبين للنووي٥/٣٧٩، الإنصاف للمرداوي٧/١٥٠.

(٣)ينظر ص ٦٥٨.

المبحث الثاني

رجوع المرتهن في قبض الرهن

سبق القول بأن الرهن لا يكون لازماً في حق الراهن إلا بعد قبض المرتهن للعين المرهونة، وأن هذا القبض يشترط فيه الدوام حتى الوفاء،[1] فإذا قبض المرتهن العين، وقبل وفاء الراهن للدين قام المرتهن بتسليم العين إلى الراهن، فقد زال لزوم الرهن في هذه العين.

قال الإمام علاء الدين الكاساني الحنفي رحمه الله: [أما الذي يتعلق بحال قيامه فعندنا ثلاثة، الأول: ملك حبس المرهون على سبيل الدوام إلى وقت الفكاك][2] اهـ

وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله: [استدامة القبض شرط في صحة الرهن، فمتى حصل مقبوضاً، ثم عاد إلى يد الراهن برضا من المرتهن، باستخدام، أو عارية، أو وديعة، أو غير ذلك؛ فقد خرج الرهن][3] اهـ

وقال الإمام الموفق ابن قدامة الحنبلي رحمه الله: [واستدامة القبض شرط للزوم الرهن، فإذا أخرجه المرتهن عن يده باختياره زال لزوم الرهن، وبقي العقد كأنه لم يوجد فيه قبض، سواء بإجارة، أو إعارة، أو إيداع، أو غير ذلك][4] اهـ

فتبين من هذه النقول أن رجوع الراهن في قبضه للرهن يعد سالباً من سوالب لزوم عقد الرهن، ويعود الرهن إلى الجواز في حق الطرفين؛ لعدم القبض، فاللزوم كان لحفظ حق المرتهن، فلما سلم العين المرهونة، أسقط حقه، وزال لزوم الرهن الذي جعل من أجل ضمان حقه عند عدم وفاء المدين، وسداده.

وبهذا ينتهي هذا الفصل الذي خصصته لبيان السوالب التي ترد على العقد اللازم فتسلب لزومه .

---

(١) ينظر ص ٣٢٩.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٤٥/٦.

(٣) المعونة للقاضي عبد الوهاب ١١٥٤/٢.

(٤) المغني لابن قدامة ٤٤٨/٦.

الخاتمة

الخاتمة

توصلت من خلال هذا البحث بحمد الله، وفضله إلى نتائج من أهمها ما يلي :

(أ) النتائج العامة:

أولاً :شمولية هذه الشريعة الإسلامية، وأنها شريعة خالدة، صالحة لكل زمان، ومكان، ظهر ذلك من خلال النصوص الشرعية في كتاب الله عزوجل، وسنة النبي صلى الله عليه وسلم، وما نص عليه أهل العلم رحمهم الله من مادة فقهية ثرية.

ثانياً : فضل سلف هذه الأمة الإسلامية، سواء كانوا فقهاء، أو محدثين، أو أصوليين، أو لغويين، فقد خدموا هذه الشريعة الغراء ببيانهم لأحكامها، وحكمها، فمهدوا بذلك الطريق لمن جاء بعدهم، ومن حقهم علينا الدعاء لهم، والترحم عليهم، وتوقيرهم، والرفع من شأنهم، فرحم الله علماءنا الأجلاء، وأسكنهم فسيح الجنان، وجزاهم عنا خير الجزاء، وأوفاه، وجمعنا بهم في دار كرامته .

(ب) النتائج الخاصة:

أولاً :أن حقيقة اللزوم هي: (ما لا يمكن فسخه من أحد المتعاقدين، دون رضا الآخر ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به).

ثانياً :أن حقيقة الالتزام هي : (إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له)، وهناك فروق بينه، وبين اللزوم، إذ اللزوم صفة مستمدة من الشارع الحكيم، وأما الالتزام فالمكلف هو الذي يلزم نفسه به، واللزوم ينبني على الالتزام، وليس العكس، واللزوم لا يمكن وصفه بالتحريم، بخلاف الالتزام، فقد يلزم المكلف نفسه بأمر محرم، كما أنهما يفترقان من حيث الإثبات، فاللزوم ثابت، فإذا ثبت سببه وهو العقد، ثبت اللزوم تلقائياً، بعكس الالتزام فهو بحاجة إلى إثبات .

ثالثاً :أن حقيقة العقد في مصطلح أهل العلم رحمهم الله إما أن يكون عاماً يشمل كل ما يلتزم به الإنسان، سواء مع الخالق سبحانه، أو المخلوق، وإما أن يكون خاصاً يراد به الإيجاب، والقبول من المتعاقدين .

رابعاً : أن تعريف لزوم العقد هو : (ربط شرعي لأجزاء التصرف بين عاقدين ليس لأحدهما الفسخ، دون قبول الآخر، ما لم يكن لازماً لأحدهما فيختص الحكم به).

خامساً:يقسم أهل العلم رحمهم الله العقد إلى عدة تقسيمات،وذلك بحسب الاعتبار الذي ينظر إليه حين التقسيم،وهو على خمسة أنواع: الصحة،واللزوم،والنفاذ،ووجود العوض،وقبول التأقيت.

سادساً:ينبني لزوم العقد على ثلاثة أركان هي : العاقدان،والمعقود عليه،والصيغة،وأن هذه الأركان لها شروط،فأما العاقدان فيشترط فيهما : العقل،والتمييز،والرضا،والحرية ،البلوغ ،وحق التصرف في المعقود عليه،والرشد.

وأما المعقود عليه فيشترط فيه : أن يكون موجوداً،ومعلوماً،ومباحاً،ومملوكاً، وطاهراً،ومشتملاً على النفع،ومقدوراً على تسليمه.

وأما الصيغة فيشترط فيها : أن تكون مفهمة،ومتوافقة،وأن يتصل الإيجاب فيه بالقبول.

سابعاً:أن العقد ينعقد بكل ما يدل عليه من قول،أو فعل، وأن العقد ليس له لفظ معين ينعقد به،بل ينعقد بكل ما يدل عليه من الألفاظ .

ثامناً:العقود التي تكون لازمة للطرفين هي:البيع ويندرج تحته:(الصرف،والسلم،والشفعة)،والإجارة،والمزارعة،والمساقاة،والحوالة،والصلح،والقسمة، النكاح،والخلع،والهدنة،والعتق بعوض،والمكاتبة.

تاسعاً:العقود التي تكون لازمة في حق أحد الطرفين هي:الضمان،والكفالة، والوقف،والتدبير،والأمان،والذمة .

عاشراً:العقود التي تكون جائزة،وتؤول إلى اللزوم للطرفين معاً هي: المضاربة،والمسابقة في بعض صورها.

الحادي عشر:العقود التي تكون جائزة،وتؤول إلى اللزوم في حق الطرف الواحد هي :الرهن،والجعالة،والقرض،والهبة،والعارية،والمسابقة في بعض صورها،والوصية.

الثاني عشر:العقود الجائزة للطرفين هي:الوديعة،والوكالة،والشركة.

الثالث عشر:أن لزوم العقد له آثار تترتب عليه،وهي إما أن تكون آثاراً عامة،أو تكون آثاراً خاصة،وأن هذه الآثار تختلف باختلاف المقصود من العقد:-

فإن كان العقد من عقود المعاوضة المالية فآثار اللزوم العامة فيه هي : نقل الملكية للعين،والمنفعة،و وجوب التسليم للمعقود عليه،والضمان إذا مُكّن من الاستلام،ولم يستلم ،وشغل الذمة بثمن المعقود عليه .

وأما آثار اللزوم الخاصة فيه فهي:قطع الخصومة،وفض الشراكة،وحرية الرقبة،والربح ،والخسارة.

وإن كان العقد وثيقة يحفظ بها الحق فأثر اللزوم العام فيه هو : أن لصاحب الوثيقة الحق في أن يستوفي ماله من هذه العقود.

وأما آثار اللزوم الخاصة فيه فهي:استحقاق المطالبة بالإحضار،أو السداد،وعدم جواز تصرف الراهن في العين المرهونة .

وإن كان العقد يراد به الإرفاق فإن أثر اللزوم العام فيه هو ملك العين،والمنفعة .

وأما آثار اللزوم العامة فيه فهي:رد البدل،ورد ذات العين،والضمان.

وإن كان العقد عقد نكاح فآثار اللزوم فيه هي :

أنه يجب على الزوج دفع المهر للزوجة،فإن كان بعد الدخول استقر ملكها للمهر كاملاً،وأن ينفق عليها،وله الاستمتاع بها،وللزوج حق القوامة على زوجته،وتثبت المحرمية لبعض النساء بالدخول،ولبعضهن بالعقد،وأن كلاً من الزوجين يرث الآخر،وعلى الزوج أن يقسم بين زوجاته بالعدل،إذا سلمت المرأة نفسها لزوجها.

وإن كان العقد فرعاً عن النكاح،كالخلع،والطلاق بعوض فإن أثره،أن الطلاق الذي يحصل بهما يعتبر طلاقاً بائناً،وأن الزوجة عليها تسليم العوض المتفق عليه،وإذا لم تسلمه كانت ذمتها مشغولة به حتى تؤديه للزوج كاملاً،وملكية ذلك العوض المتفق على الطلاق به ثابتة للزوج بالاتفاق بينهما .

وإن كان العقد من عقود السير،والجهاد،فإن آثار اللزوم العامة فيه هي عصمة النفس،والمال للكفار المؤمّنين،والمعاهدين،والذميين فيحرم قتلهم،و أخذ أموالهم .

وأما آثار اللزوم الخاصة فيه فهي: أن يتم إيصال المؤمن إلى مأمنه بعد انتهاء مدته،والدفاع عن أهل الذمة،ما قاموا بدفع الجزية المقررة عليهم.

الرابع عشر: أن للزوم العقد موانع تمنع من لزومه،وهذا المانع يكون عاماً يشمل جميع العقود،وهو الإكراه،ويكون خاصاً لا يشمل العقود كلها وهو الخيار .

الخامس عشر:حقيقة الإكراه هي: (إلزام الغير بما لا يريده) ،ويشترط فيه حتى يكون مانعاً من لزوم العقد ستة شروط وهي : أن يكون ما هدد به موجباً للضرر،وأن يغلب على ظن المكره نزول الوعيد به،وأن يكون المكرِه قادراً على إيقاع ما هدد به،وأن يكون المكرَه

عاجزاً عن دفع المكرِه، وأن يكون المكرَه ممتنعاً من الفعل المكرَه عليه قبل الإكراه، وإن يفعل المكرَه ما أكره عليه نفسه.

السادس عشر: أن الإكراه إما أن يكون بحق، أو يكون بغير حق، فما كان بحق فلا تأثير له على اللزوم، وإنما الذي يؤثر على اللزوم هو الإكراه بغير حق.

السابع عشر: أن الإكراه إذا ورد على عقد يحتمل الفسخ مثل البيع، والإجارة، والهبة فلا خلاف بين أهل العلم رحمهم الله أن ذلك العقد لا يلزم الوفاء به لعدم لزومه. كما أن الإكراه إذا ورد على عقد لا يحتمل الفسخ مثل العتق، والنكاح، فالصحيح أن ذلك العقد لا يعتبر صحيحاً، ومن ثم فلا يكون ملزماً.

الثامن عشر: أن للخيار أنواعاً ستة، وهي: خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار التعيين، وخيار الرؤية، وخيار العيب، وخيار غبن المسترسل، فإذا كان العقد يقبل نوعاً من الخيار، فإن العقد لا يكتسب صفة اللزوم؛ إلا بعد زوال ذلك الخيار.

التاسع عشر: أن لزوم العقد يزول بأحد الأمور السالبة له، وهي الإقالة، والجائحة، والعذر الطارئ، ورجوع أحد الوالدين في هبته، ورجوع المرتهن في قبض الرهن.

العشرون: أن حقيقة الإقالة هي: رفع العقد اللازم للطرفين، أو أحدهما، فإذا وردت الإقالة على العقد فإنها تزيل ذلك اللزوم، لكن بشرط أن تكون الإقالة صدرت برضا المتقايلين، وأن يكون المجلس متحداً، ~~وأن يتم التقابض في المجلس إذا كان العقد صرفا~~، وأن تكون بالثمن الأول، وأن يكون المقال فيه موجوداً، وأن يكون قابلاً للإقالة.

الحادي العشرون: أن الإقالة لا ترد على كل العقود، فالعقود الجائزة غير محتاجة للإقالة لقبولها للفسخ، وكذلك العقود الجائزة التي تؤول إلى اللزوم، فقبل لزومها هي كالعقود الجائزة، بخلاف ما إذا لزمت، كما أن هناك عقوداً لازمة لا تقبل الإقالة وهي: الوقف، والتدبير، والنكاح، والخلع، والطلاق بعوض.

الثاني والعشرون: أن حقيقة الجائحة هي: (ما لا يستطاع دفعه، وإن علم به)، وإذا حدثت الجائحة فإن الضمان يكون على البائع، وأنها توضع في القليل، والكثير إلا ما جرت العادة بتلفه، فيكون من ضمان المشتري.

الثالث والعشرون: الجائحة توضع في الزرع، والبقل، والثمر، وإذا حدثت الجائحة فإن العقد اللازم ينقلب إلى عقد جائز، يحق للمشتري أن يفسخه، وأن يرجع في الثمن؛ لأنها سالبة للزوم العقد.

الرابع والعشرون:أن حقيقة العذر الطارئ هي: (عجز عن المضي في موجب العقد :إلا بتحمل ضرر لم يستحق به)،والعذر الطارئ إذا كان عاماً فإنه يعتبر سالباً للزوم العقد،وهذا من عدل الشريعة الإسلامية،حيث لم تأت بالحرج،والعنت،وأما إذا كان العذر خاصاً فليس له تأثير في سلب اللزوم .

هذه بعض النتائج التي توصلت إليها من خلال هذا البحث،و أسال الله تعالى أن ينفعني به في ديني،ودنياي،وأن يجعله في ميزان عملي يوم لقائه، إنه ولي ذلك،والقادر عليه،وصلى الله على نبينا محمد،وعلى آله،وصحبه،وسلم.

الفهارس العامة

أولاً: فهرس الآيات القرآنية

حسب ورودها في القرآن

سورة طه

سورة الحج

سورة النور

سورة الفرقان

سورة الأحزاب

ثانياً :فهرس الأحاديث النبوية

ثالثاً: فهرس الآثار

م	نص الأثر	القائل	الصفحة
١٥	وقف بئر رُومَة	عثمان بن عفان	٢٨٨
١٦	ومن وهب هبة يرى أنه	عمر بن الخطاب	٣٦٠

رابعاً:فهرس الأعلام المترجم لهم

خامساً :فهرس الكلمات والمصطلحات

م	الكلمة	الصفحة	رقم الهامش
١٨	ثنية الوداع	٣٧١	٤
	الجيم		
١٩	جادّ	٣٥١	٩
٢٠	الجذاذ	٢١٩	٥
٢١	الجزية	٣٠٥	٢
	الحاء		
٢٢	حائط	١٨٤	٣
٢٣	حبل الحبلة	١١٤	٥
٢٤	الحر	٦٢	٢
٢٥	الحل	٢٠١	١
	الخاء		
٢٦	خُبْثَة	٥٦٣	١
٢٧	خِلابَة	٥٣٤	٦
	الراء		
٢٨	الرشد	٩٢	٥
٢٩	الرضا	٦٠	١
	السين		
٣٠	السائبة	٢٧٣	١
٣١	السَقَب	١٨٧	٢
	الشين		
٣٢	الشِرب	٢٨١	١
٣٣	الشرك	٥٩٣	٤

م	الكلمة	الصفحة	رقم الهامش
		الصاد	
٣٤	الصحة	٣٥	١
٣٥	صُرِّفت	١٨٤	١
		الطاء	
٣٦	الطرد	٣٥٢	٤
		العين	
٣٧	العِقال	٢٠١	٣
٣٨	العقل	٥٦	١
٣٩	العكس	٣٥٢	٥
٤٠	العلم	١١٧	١
٤١	العُهدة	٤١٠	٢
٤٢	العوض	٤٤	١
		الغين	
٤٣	الغائلة	٥٦٣	٢
٤٤	الغاية	٣٥٢	٢
		الفاء	
٤٥	فِرْسن	٣٤٩	٣
٤٦	فساد الاعتبار	٣٠٠	١
		القاف	
٤٧	القَسْم	٤٧٤	١
٤٨	القوامة	٤٦٥	١
		الكاف	

م	الكلمة	الصفحة	رقم الهامش
٤٩	الكُراع	٢٧٨	٢
	الميم		
٥٠	المباح	١١٨	٥
٥١	المتعة	٤٨	٢
٥٢	متمول	٢٦٧	١
٥٣	المجاز	٥٢٢	١
٥٤	المحرمية	٤٦٨	١
٥٥	مسجد بني زريق	٣٧١	٥
٥٦	المُغِلّ	٤٥٢	٥
٥٧	المنحة	٢٦٠	٥
٥٨	المنقبة	١٩٧	٥
٥٩	المهايأة	٢٣٩	٢
٦٠	المُولِي	٤٩٩	٣
	النون		
٦١	الناض	٣١٥	١
٦٢	ندّ	٦٣٦	٢
٦٣	النفاذ	٤١	١
٦٤	النفقة	٤٦٠	١
٦٥	النفيس	١٤٨	٨
	الواو		
٦٦	الوِجاء	٢٤١	٣
٦٧	الوَسق	٣٥٢	١

م	الكلمة	الصفحة	رقم الهامش
الياء			
٦٨	يعتصر	٦٥١	٥

سادساً :فهرس المصادر والمراجع

حرف الألف

١) آثار المدينة المنورة لعبدالقدوس الأنصاري، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الثالثة، ١٣٩٣هـ.

٢) الإجماع للإمام أبي بكر بن محمد بن المنذر النيسابوري، تحقيق أبو حماد صغير أحمد ضيف، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام١٤٠٢ هـ .

٣) الأحكام في أصول الأحكام، للإمام سيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى عام ١٤٠٥هـ .

٤) أحكام القرآن للإمام أبي بكر محمد بن عبد الله ابن العربي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الثانية، عام١٣٨٧ هـ .

٥) أحكام القرآن للإمام عماد الدين محمد الطبري إلكيا الهراس، تحقيق:درس محمد علي، ود/ غزت على عبد عطية، مطبعة حسان، دار الكتب الحديثة، مصر.

٦) أخبار القضاة للإمام محمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع، عالم الكتب، بيروت.لبنان.

٧) الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن عباس البعلي الدمشقي، منشورات المؤسسة السعيدية بالرياض.

٨) الاختيار لتعليل المختار للإمام عبد الله بن محمد دين مودود الموصلي، تصحيح الأستاذ :محسن أبو دقيقة، دار المعرفة بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، عام ١٣٩٥هـ .

٩) الأربعين النووية للحافظ أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، تحقيق:محي الدين مستو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٣٩٧هـ .

١٠) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان عام ١٣٩٩هـ .

١١) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل للشيخ محمد بن ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٩هـ .

١٢) الأشباه والنظائر في الفروع للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الفكر، بيروت، لبنان، شركة نور الثقافة الإسلامية، جاكرتا .

١٣) الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان للشيخ زين الدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٠هـ .

١٤) الإشراف على مذاهب أهل العلم للإمام أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، المكتبة التجارية، دار الفكر، بيروت، لبنان ١٤١٤هـ .

١٥) الإصابة في تميز الصحابة للحافظ ابن حجر العسقلاني، دار الكتاب العربي، بيروت.

١٦) الأعلام، لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عشرة، عام ١٩٩٧م .

١٧) أعلام الموقعين عن رب العالمين للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، راجعه: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، لبنان.

١٨) الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل للشيخ أبي النجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان .

١٩) الأم للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، دار الفكر، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٠هـ .

٢٠) الأموال للإمام أبي عبيد القاسم بن سلاّم، تحقيق محمد خليل هرّاس، إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر .

٢١) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد للإمام علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي، تحقيق محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٣٧٧هـ .

حرف الباء

٢٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق للشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية، القاهرة، مصر.

٢٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، دار الكتاب العربي، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٢هـ .

٢٤) بداية المجتهد والنهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي الأندلسي، تحقيق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الجواد، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٤١٦هـ .

٢٥) البداية والنهاية للحافظ أبي الفداء ابن كثير الدمشقي، مكتبة المعارف، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٩٦٦م.

٢٦) بدر التقى في شرح الملتقى بهامش مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للشيخ محمد علاء الدين الحصكفي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.

٢٧) البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، مطبعة السعادة، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، عام ١٣٤٨هـ .

٢٨) البرهان في أصول الفقه لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الطائي، تحقيق الدكتور/عبدالعظيم الديب، طبع على نفقة أمير دولة قطر، الطبعة الأولى، ١٣٩٩هـ.

٢٩) بذل المجهود في حل أبي داود للشيخ خليل أحمد السهارنفوري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٠) بغية الوعاة في طبقات اللغويين والنحاة للحافظ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، تحقيق محمد أبو الفضل إبراهيم، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه، الطبعة الأولى، عام ١٣٨٤هـ .

٣١) بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، عام ١٣٩٨هـ .

حرف التاء

٣٢) تاج التراجم ، للشيخ أبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلوبغا السودوني، تحقيق:محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، الطبعة الأولى، دمشق، سوريا، عام ١٤١٣هـ .

٣٣) تاج العروس للشيخ محمد مرتضى الزبيدي، طبعة دار صادر، بيروت، لبنان، الناشر دار ليبيا ، بنغازي، عام ١٣٨٦هـ .

٣٤) التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، للشيخ أبي عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدرى الشهير بالمواق، دار الفكر، الطبعة الثالثة، عام ١٤١٢هـ .

٣٥) التاج المكلل من جواهر مآثر الطراز الآخر والأول للشيخ أبي الطيب صديق بن حسن القنوجي، تحقيق د/عبدالحكيم شرف الدين، المطبعة الهندية، الطبعة الثانية ، بمباي، الهند، عام ١٣٨٣هـ .

٣٦) تاريخ الإسلام ووفيات المشاهير والإعلام للحافظ أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي تحقيق : د/ عمر عبد السلام تدمري، دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٩ هـ .

٣٧) تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة ٤٦٣ للحافظ أبي بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٣٨) تاريخ المدينة المنورة للشيخ أبي زيد عمر بن شبة النميري البصري، علق عليه/علي محمد منديل، ياسين سعد الدين بيان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى، ١٤١٧هـ .

٣٩) تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي ابن فرحون المالكي، مراجعة طه عبدالرؤف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.

٤٠) تدريب الراوي في شرح تقريب النواوي للحافظ جلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، تحقيق د/عزت علي عطية، موسى محمد علي، مطبعة حسان، القاهر، مصر.

٤١) التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد بن حميد الشهير بابن الهمام، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، عام ١٣٥١هـ .

٤٢) تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد للحافظ العلائي، دارسة وتحقيق د/ إبراهيم محمد سلقيني، دار الفكر الطبعة الأولى، دمشق، سورية، عام ١٤٠٢هـ .

٤٣) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، للقاضي عياض بن موسى السبتي، تحقيق د/محمد بن شريفة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية.

٤٤) التعريفات للإمام علي بن محمد الشريف الجرجاني، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، عام١٩٨٥م.

٤٥) التعليق المغني على الدارقطني مع سنن الدارقطني للشيخ أبي الطيب محمد شمس الحق العظيم أبادي، عالم الكتب، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٣هـ .

٤٦) تفسير القرآن العظيم للحافظ أبي الفداء بن كثير تحقيق:عبد العزيز غنيم ومحمد عاشور ومحمد البنا، الشعب، القاهرة، مصر .

٤٧) تقريب التهذيب للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق:عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٣٩٥هـ .

٤٨) التقريب لعلوم ابن القيم، للشيخ بكر بن عبد الله أبوزيد، دار العاصمة للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٧هـ .

٤٩) تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق شعبان محمد إسماعيل، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.

٥٠) التلقين في الفقه المالكي – للقاضي أبي الحسن عبد الوهاب البغدادي المالكي تحقيق ودارسة محمد ثالث سعيد الغاني، المكتبة التجارية، مصطفى أحمد الباز، مكة المكرمة، السعودية.

٥١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول للإمام جمال الدين أبي محمد عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي . حققه د/ محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٤هـ .

٥٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد للإمام أبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المملكة المغربية، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٢هـ .

٥٣) التنبيه في الفقه الشافعي للإمام أبي إسحاق الفيروزأبادي الشيرازي، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٣هـ .

٥٤) تنوير الأبصار للإمام محمد بن عبدالله التمرتاشي مع شرحه الدر المحتار، وحاشية رد المحتار، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ .

٥٥) تهذيب شرح الأسنوي على منهاج الوصول إلى علم الأصول د/ شعبان محمد إسماعيل، مكتبة الكليات الأزهرية، الأزهر، مصر.

٥٦) تهذيب الكمال في أسماء الرجال للحافظ جمال الدين أبي الحجاج يوسف المزي، حققه بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٣هـ .

٥٧) التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، للشيخ أحمد بن محمد الشويكي، دراسة وتحقيق : ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، المكتبة المكية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ .

حرف الجيم

٥٨) الجامع لأحكام القران للإمام أبي عبد الله محمد القرطبي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، إعادة طبعه عام١٤٠٥هـ .

٥٩) جامع الأصول في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم، للإمام أبي السعادات ابن الأثير الجزري، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، نشر مكتبة الحلواني والحلاج ومكتبة دار البيان، طبعة عام ١٣٨٩هـ .

٦٠) الجامع الصحيح المسمى صحيح مسلم للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري، المطبعة العامرة، دار السلطة العلية الباهرة، عام ١٣٣٤هـ.

٦١) الجوائح وأحكامها د/ سليمان بن إبراهيم الثنيان، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٤١٣هـ .

٦٢) الجواهر المضية في طبقات الحنفية للشيخ محي الدين أبي محمد عبد القادر بن محمد القرشي الحنفي تحقيق:عبد الفتاح محمد الحلو، دار العلوم، الرياض، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.

حرف الحاء

٦٣) حاشية بجيرمي على الخطيب المسماة بتحفة الحبيب على شرح الخطيب للشيخ سليمان البجيرمي، دار الفكر، بيروت، لبنان، عام ١٤١٥هـ .

٦٤) حاشية البقري على الرحبية في علم الفرائض للعلامة البقري علق عليهما وخرج أدلتها د/ مصطفى ديب البغا، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر .

٦٥) حاشية البُنَّاني على شرح المحلي للشيخ محمد البُنَّاني، مطبعة مصطفى اليابي الحلبى وأولاده، مصر، الطبعة الثانية ١٣٥٦هـ .

٦٦) حاشية البُنَّاني على شرح الزرقاني، للشيخ محمد البُنَّاني ، دار الفكر، بيروت، لبنان .

٦٧) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر، بيروت، لبنان.

٦٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار للشيخ محمد أمين المعروف بابن عابدين، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية عام ١٣٨٦هـ .

٦٩) حاشية الروض المربع شرح زاد المتقنع للشيخ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدى الحنبلي بساط – بيروت – الطبعة الثانية ١٤٠٣م .

٧٠) حاشية العطار على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

٧١) حاشية العنقري على الروض المربع، للشيخ عبدالله بن عبد العزيز العنقري، مكتبة الرياض الحديثة، االرياض، السعودية، عام ١٣٩٠هـ .

٧٢) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ .

٧٣) حلية البشر في تاريخ القرن الثالث عشر لعبدالرزاق البطيار، مطبوعات المجمع العلمي العربي، دمشق، سورية، عام ١٣٨٣هـ .

٧٤) حلية العلماء في معرفة مذهب الفقهاء للإمام سيف الدين أبي بكر محمد الشاشي القفال، تحقيق: ياسين أحمد إبراهيم درادكه، مكتبة الرسالة الحديثة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى عام ١٩٨٨م .

حرف الخاء

٧٥) خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، للشيخ محمد المحبي، دار صادر، بيروت، لبنان.

حرف الدال

٧٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ .

٧٧) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد سيد جاد الحق، دار الكتب الحديثة، مصر، الطبعة الثانية، عام ١٣٨٥هـ .

٧٨) الدر المختار تنوير الأبصار للشيخ محمد علاء الحصكفي مع شرحها رد المحتار لابن عابدين، دار الفكر، الطبعة الثانية، عام ١٣٨٦هـ .

٧٩) دول الإسلام للحافظ شمس الدين الذهبي، إدارة إحياء التراث الإسلامي، بدولة قطر .

٨٠) الديباج المذهب في أعيان علماء المذهب، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن فرحون اليعمري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

حرف الذال

٨١) الذخيرة للإمام شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق د/ محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٩٩٤م .

٨٢) ذيل وفيات الأعيان المسمى درة الحجال في أسماء الرجال لأبي العباس أحمد بن محمد المكناسي الشهير بابن القاضي، تحقيق د/محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث، الطبعة الأولى، عام ١٣٩١هـ .

حرف الراء

٨٣) روضة الطالبين للإمام محيي الدين بن شرف النووي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة ١٤١٢هـ .

٨٤) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للإمام الموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن قدامة الدمشقي، الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ .

حرف السين

٨٥) سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام للإمام محمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني، تعليق محمد بن عبدالعزيز الخولي، مكتبة عاطف مصر .

٨٦) سنن ابن ماجة للحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني تحقين محمد فؤاد عبد الباقي دار الفكر، بيروت، لبنان .

٨٧) سنن أبي داود للحافظ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، راجعه محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا .

٨٨) سنن الترمذي المسمى الجامع الصحيح للحافظ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، تحقيق: أحمد شاكر وإبراهيم عطوه عوض، توزيع دار الباز ، دار إحياء التراث .

٨٩) سنن الدارقطني للحافظ علي بن عمر الدار قطني، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٣هـ .

٩٠) سنن الدارمي للإمام أبي محمد عبد الله بن بهرام الدارمي، دار الفكر، القاهر، مصر، عام ١٣٩٨هـ .

٩١) السنن الكبرى للحافظ أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدرأباد، الهند، الطبعة الأولى، عام ١٣٥٢هـ .

٩٢) سنن النسائي للحافظ أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

٩٣) سير أعلام النبلاء للحافظ محمد بن أحمد الذهبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م .

٩٤) السيرة النبوية للشيخ أبي محمد عبدالملك بن هشام المعافري، تعليق طه عبدالرؤف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة جديدة، مضبوطة، منقحة.

٩٥) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار . للشيخ محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: محمود إبراهيم زايد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٥هـ .

حرف الشين

٩٦) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، للشيخ محمد بن محمد مخلوف، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان .

٩٧) شذرات الذهب في أخبار من ذهب للشيخ ابن الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي المكتبة التجارية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان .

٩٨) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه للشيخ سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

٩٩) شرح الخرشي على مختصر خليل للشيخ عبد الله بن محمد الخرشي، دار الفكر .

١٠٠) شرح الزرقانى على مختصر خليل للشيخ عبد الباقي الزرقاني، دار الفكر، بيروت، لبنان .

١٠١) شرح السنة للإمام الحسين بن مسعود البغوي، حققه شعيب الأرناؤوط وزميله، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٣هـ .

١٠٢) شرح فتح القدير للإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الكتب الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٥هـ .

١٠٣) شرح صحيح مسلم للإمام محيي الدين بن شرف النووي، المطبعة المصرية ومكتبتها .

١٠٤) الشرح الكبير على متن المقنع للإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر بن أحمد بن قدامة المقدسي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة، الرياض، السعودية .

١٠٥) شرح الكواكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختصر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه للعلامة محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي الحنبلي المعروف بابن النجار، مكتبة العبيكان، الرياض، السعودية، عام ١٤١٨هـ .

١٠٦) شرح مختصر الروضة للشيخ نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٧هـ .

١٠٧) شرح معاني الآثار للإمام أبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الطحاوي الحنفي، تحقيق محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام١٤٠٧ هـ .

١٠٨) الشرح الممتع على زاد المستقنع للشيخ محمد بن صالح العثيمين، مؤسسة آدم للنشر، الرياض، السعودية، الطبعة الرابعة عام ١٤١٦هـ .

١٠٩) شرح منتهى الإدارات المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى للشيخ منصور بن يونس البهوتي، توزيع الرئاسة العامة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية .

حرف الصاد

١١٠) الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري، تحقيق:أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٣٧٦ هـ .

١١١) صحيح البخاري، للإمام أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، المكتبة الإسلامية، استانبول، تركيا.

حرف الضاد

١١٢) الضعفاء الكبير للإمام أبي جعفر محمد بن عمرو العقيلي، تحقيق الدكتور:عبدالمعطي أمين قلعة جي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الأولى، ١٤٠٤هـ .

١١٣) ضعيف سنن ابن ماجة للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٨هـ .

١١٤) ضعيف سنن أبي داود للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٢هـ .

١١٥) ضعيف سنن النسائي للشيخ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ .

١١٦) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع للشيخ شمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت، لبنان .

حرف الطاء

١١٧) الطبقات السنية في تراجم الحنفية للشيخ تقي الدين بن عبد القادر التميمي، تحقيق د/عبدالفتاح محمد الحلو، دار الرفاعي، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٣هـ .

١١٨) طبقات الشافعية للشيخ جمال الدين عبد الرحيم الأسنوي تحقيق:عبد الله الجبوري دار العلوم، عام ١٤٠١هـ .

١١٩) طبقات فحول الشعراء لمحمد بن سلام الجمحي قرأه أبو فهر محمود محمد شاكر، دار المدني، جدة، السعودية.

١٢٠) الطبقات الكبرى للشيخ أبي عبدالله محمد بن سعد البصري الزهري، دار صادر، بيروت، عام ١٣٨٨هـ .

حرف العين

١٢١) عجائب الآثار في التراجم والأخبار للعلامة عبدالرحمن الجبرتي، دار الجيل، بيروت، لبنان.

١٢٢) العذب الفائض شرح عمدة الفارض للشيخ إبراهيم بن عبد الله بن إبراهيم الفرضي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى اليابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأولى، عام ١٣٧٢هـ .

١٢٣) عقد الجواهر الثمينة للإمام جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، تحقيق محمد أبو الأجفان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، عام ١٤١٥هـ .

١٢٤) العقود لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، تحقيق محمد حامد، مكتبة السنة المحمدية، توزيع مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مصر.

١٢٥) العناية شرح الهداية للشيخ محمد محمود البابرتي مع شرح فتح القدير، دار الكتب الإسلامية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٥هـ .

حرف الغين

١٢٦) غريب الحديث للإمام أبي عبيد القاسم بن سلام الهروي، دار الكتاب العربي، عام ١٣٩٦هـ .

حرف الفاء

١٢٧) الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، توزيع مكتبة المعارف بالرياض .

١٢٨) فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن حجر العسقلاني، تصحيح الشيخ عبد العزيز بن باز، مكتبة الرياض الحديثة، السعودية.

١٢٩) فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك للشيخ أبى عبد الله بن محمد عليش، المكتبة التجارية الكبرى، مصر .

١٣٠) الفروسية للحافظ شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية، تحقيق أبي عبيدة مشهور بن حسن، دار الأندلس، حائل، السعودية، الطبعة الثانية، عام ١٤١٧هـ .

١٣١) الفروع للإمام شمس الدين أبي عبد الله محمد بن مفلح راجعه:عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، عام ١٤٠٥هـ .

١٣٢) الفروق للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق :أ.د /محمد روّاس قلعه جي، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

١٣٣) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، سورية، الطبعة الثالثة، عام ١٤٠٩هـ .

١٣٤) فوات الوفيات للشيخ محمد شاكر بن أحمد ، تحقيق:إحسان عباس، دار صادر، بيروت.

١٣٥) فواتح الرحموت للشيخ عبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، المطبعة الأميرية ببولاق مقر المحمية، الطبعة الأولى، عام ١٣٢٢هـ .

١٣٦) فهارس أحاديث الموطأ، جمع وترتيب خالد جمعة الخراز وفيصل بن فارس الشامي، مكتبة الرشيد، الطبعة الأولى، عام ١٤١٠هـ .

حرف القاف

١٣٧) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبو جيب، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية كراتشي، باكستان .

١٣٨) القاموس المحيط والقابوس الوسيط في اللغة، للقاضي مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزأبادي، دار الفكر، بيروت .

١٣٩) القواعد للشيخ أبي عبدالله محمد بن أحمد المقري تحقيق:أحمد بن عبد الله بن حميد مطبوعات جامعة أم القرى، مكة المكرمة، السعودية .

١٤٠) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للإمام أبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبدالسلام السلمي، دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٤١) القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي راجعه: طه عبد الرؤوف سيد، مكتبة الكليات الأزهرية، الطبعة الأولى ١٣٩١هـ .

١٤٢) القوانين الفقهية للإمام أبي القاسم محمد بن أحمد جزي الكلبي الغرناطي، الدار العربية للكتاب .

حرف الكاف

١٤٣) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي للحافظ أبي عمر يوسف بن عبد البر، تحقيق: محمد محمد أحيد ماديك الموريتاني مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٨هـ.

١٤٤) كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس للشيخ إسماعيل بن محمد العجلوني، تصحيح أحمد القلاش، مكتبة التراث الإسلامي، حلب، سورية.

١٤٥) كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، عالم الكتب، بيروت، لبنان ١٤٠٣هـ .

١٤٦) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي للشيخ عبد العزيز البخاري، الصدف ببلشرز، كرا تشي، باكستان .

١٤٧) الكواكب السائرة بمناقب أعيان المئة العاشرة، للشيخ نجم الدين بن بدر الدين محمد الغزي العامري، تحقيق جبرائيل سليمان جبور، الناشر محمد أمين دمج وشركاه، بيروت لبنان.

حرف اللام

١٤٨) لسان العرب للإمام أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٣٧٤هـ ، ١٤١٢هـ .

١٤٩) لسان الميزان للحافظ أبي الفضل أحمد بن علي بنحجر العسقلاني، منشورات مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، الثالثة، ١٤٠٦هـ .

حرف الميم

١٥٠) المانع عند الأصوليين ، د/ عبدالعزيز بن عبد الرحمن بن علي الربيعة، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٤هـ .

١٥١) المبسوط للإمام لشمس الدين السرخسي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام١٤١٤ هـ .

١٥٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، منظمة المؤتمر الإسلامي.

١٥٣) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر للشيخ عبد الله بن سليمان المعروف بدامادأفندي، دار إحياء التراث العربي .

١٥٤) مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للحافظ الهيثمي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، عام ١٤٠٨هـ .

١٥٥) المجموع شرح المهذب للإمام محيي الدين النووي، حققه محمد نجيب المطيعي مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية .

١٥٦) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، جمع وترتيب الشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، الرئاسة العامة لشئون الحرمين، المملكة العربية السعودية.

١٥٧) المحرر الوجيز تفسير الكتاب العزيز للإمام أبى محمد عبد الحق بن عطية الأندلسي تحقيق الرحالي الفاروق وزملائه، الدوحة، قطر، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٨هـ .

١٥٨) المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للإمام مجد الدين أبي البركات ابن تيمية، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٤هـ.

١٥٩) المحصول في علم أصول الفقه للإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي، تحقيق:د/ طه جابر فياض العلواني، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الطبعة الأولى، عام ١٣٩٩هـ.

١٦٠) المحلى للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الاتحاد العربي للطباعة.

١٦١) المختارات الجلية من المسائل الفقهية للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعدي منشورات المؤسسة السعدية بالرياض، السعودية .

١٦٢) مختصر المزني للإمام أبي إبراهيم إسماعيل بن يحي المزني، مع شرحه الحاوي الكبير للماوردي، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ .

١٦٣) المدخل الفقهي للشيخ مصطفى أحمد الزرقاء، دار الفكر، الطبعة التاسعة، ١٩٦٧م.

١٦٤) المدونة الكبرى للإمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبدالرحمن بن قاسم، دار الفكر.

١٦٥) مذكرة أصول الفقه للشيخ محمد الأمين الشنقيطي، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، السعودية .

١٦٦) المستدرك على الصحيحين للحافظ أبي عبدالله الحاكم النيسابوري، دار المعارف النظامية، الهند، حيدر أباد، الأولى، ١٣٤٢.

١٦٧) المسند للإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، دار صادر، بيروت، لبنان.

١٦٨) المسند للإمام أبي عبدالله أحمد بن حنبل الشيباني، تحقيق مجموعة من العلماء بإشراف الشيخ/شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام١٤١٦هـ .

١٦٩) المسودة في أصول الفقه لآل تيمية، جمعها الشيخ شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد الحنبلي الحراني، تحقيق محمد محيي الدين عبدالحميد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان .

١٧٠) مشكاة المصابيح للشيخ محمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، تحقيق محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، الثانية، ١٣٩٩هـ .

١٧١) المصباح المنير للعلامة أحمد بن على الفيومي المقري، مكتبة لبنان .

١٧٢) المصنف في الأحاديث والآثار للحافظ أبي بكر بن أبي شيبة، الدار السلفية، بمبي، الهند.

١٧٣) المصنف للحافظ الكبير أبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، توزيع رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، الثانية، ١٤٠٣هـ .

١٧٤) المطلع على أبواب المقنع للإمام أبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح البعلي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، عام ١٤٠١هـ .

١٧٥) معالم التنزيل للإمام أبي محمد الحسين بن مسعود الفراء البغوي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٦هـ .

١٧٦) معجم الأدباء أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب لأبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١١هـ .

١٧٧) المعجم الكبير للحافظ أبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، تحقيق: حمدي عبدالمجيد السلفي، مطبعة الأمة، بغداد، العراق، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية.

١٧٨) معجم المؤلفين تراجم مصنفي الكتب العربية لعمر رضا كحالة، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، عام ١٤١٤هـ .

١٧٩) المعجم المفهرس لألفاظ الحديث النبوي جمع لفيف من المستشرقين، نشر الدكتور أ. ى ونسنك أستاذ العربية بجامعة ليدن، مكتبة بريل في مدينة ليدن، عام ١٩٣٦م .

١٨٠) المعجم المفهرس لألفاظ القرآن الكريم للشيخ محمد فؤاد عبد الباقي، دار الفكر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، عام ١٤٠١هـ .

١٨١) معجم مقاييس اللغة للإمام أبى الحسين أحمد بن فارس، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الجيل، بيروت .

١٨٢) المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: حميش عبد الحق، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، عام ١٤١٥هـ .

١٨٣) المغني للإمام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي، تحقيق: د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي ود/ عبد الفتاح محمد الحلو، هجر، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٦هـ .

١٨٤) مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، لبنان، عام ١٤١٥هـ .

١٨٥) المفردات في غريب القران للإمام لحسن بن محمد المعروف بالراغب الأصبهاني، مكتبة الأنجلو المصرية .

١٨٦) المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام الشرعيات للإمام أبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد، تحقيق د/محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، الأولى .

١٨٧) المقنع في فقه أمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي، المؤسسة السعيدية بالرياض، الطبعة الثالثة .

١٨٨) المقنع في شرح مختصر الخرقي للإمام الحافظ أبي علي الحسن بن أحمد بن عبدالله بن البنا، تحقيق عبدالعزيز بن سليمان بن إبراهيم البعيمي، مكتبة الرشد، الرياض، الثانية، ١٤١٥هـ .

١٨٩) الممتع في شرح المقنع للشيخ زين الدين المنجى بن عثمان التنوخي، تحقيق د/عبدالملك بن عبدالله بن دهيش، الأولى، ١٤١٨هـ .

١٩٠) المنتقى شرح موطأ الأمام مالك للقاضي أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد الباجي، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، عام ١٣٣٢هـ .

١٩١) المنثور في القواعد للإمام بدر الدين محمد بن بهادر الزركشي الشافعي تحقيق:د/ تيسير فائق أحمد محمود، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت .

١٩٢) منهاج الطالبين للإمام محيي الدين يحي بن شرف النووي مع شرحه مغنى المحتاج، دار الفكر، عام ١٤١٥هـ .

١٩٣) المهذب في فقه الإمام الشافعي للإمام أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

١٩٤) الموافقات في أصول الشريعة للإمام إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي الشاطبي، دار المعرفة، بيروت، لبنان .

١٩٥) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل للشيخ أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، دار الفكر، الطبعة الثالثة، عام ١٤١٢هـ .

١٩٦) موسوعة أطراف الحديث النبوي الشريف لأبي هاجر محمد بن بسيوني زغلول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان .

١٩٧) الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، دولة الكويت، دار الصفوة، مصر، الطبعة الرابعة، عام ١٤١٤هـ .

١٩٨) الموطأ للإمام مالك بن أنس صححه محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية .

١٩٩) ميزان الاعتدال في نقد الرجال للإمام الحافظ شمس الدين محمد بن أحمد الذهبي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٦هـ .

حرف النون

٢٠٠) النتف في الفتاوى لشيخ الإسلام أبي الحسن علي بن الحسين بن محمد السغدي حققها: د/ صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، دار الفرقان، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، عام ١٤٠٤هـ.

٢٠١) نزهة الخاطر العاطر، للشيخ عبد القادر بن أحمد مصطفى بدران الدومي، مكتبة المعارف، الرياض، السعودية، الطبعة الثانية، عام ١٤١٤هـ.

٢٠٢) نصب الراية لأحاديث الهداية للعلامة جمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف الحنفي الزيلعي، دار المأمون، ، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، عام ١٣٥٧هـ.

٢٠٣) نفح الطيب من غصن الأندلس الرطيب للشيخ أحمد بن محمد المقري التلمساني، دار صادر، بيروت، عام ١٣٨٨هـ.

٢٠٤) نهاية السول في شرح منهاج الأصول للإمام جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الأسنوي الشافعي، المطبعة السلفية ومكتبتها، عالم الكتب، بيروت، عام ١٩٨٢م.

٢٠٥) النهاية في غريب الحديث والأثر للحافظ ابن الأثير، أنصار السنة المحمدية، لاهور، باكستان.

٢٠٦) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، للشيخ شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، دار الكتب العلمية، عام ١٤١٤هـ.

٢٠٧) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار للشيخ محمد بن علي بن محمد الشوكاني، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، الطبعة الأخيرة.

حرف الهاء

٢٠٨) الهداية شرح بداية المبتدي للإمام برهان الدين أبي الحسن علي المرغيناني، المكتبة الإسلامية.

٢٠٩) هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين للشيخ إسماعيل بن باشا البغدادي، مكتبة المثنى، بيروت، لبنان، وكالة المعارف.

حرف الواو

٢١٠) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية للدكتور محمد صدقي بن أحمد البورنو، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، عام ١٤٠٤هـ.

٢١١) الوجيز في مذهب الإمام الشافعي للإمام أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، عام ١٣٩٩هـ .

٢١٢) وفاء الوفاء بأخبار دار المصطفى للشيخ نور الدين علي بن أحمد السمهودي، تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الرابعة ١٤٠٤هـ .

سابعاً :فهرس التفصيلي للموضوعات

سابعاً :فهرس التفصيلي للموضوعات

العنوان	الصفحة

العنوان	الصفحة

العنوان	الصفحة

العنوان	الصفحة

العنوان	الصفحة

تم بحمد الله، وفضله